

Maximiliano Hairabedián

Investigación y prueba del narcotráfico

Políticas antidrogas - Jurisdicción y competencia
Desfederalización - Despenalización - Drogadependencia
Microtráfico - Proporcionalidad de las penas - Narcotráfico
de mediana o gran escala - Uso de tecnología - Operaciones
encubiertas - Entrega vigilada - Informantes - Arrepentidos
Investigaciones patrimoniales - Lavado de activos - Decomiso
Extinción de dominio - Allanamiento - Requisa - Acceso
a las comunicaciones telefónicas y digitales - Interrupción
y apertura de encomiendas y paquetes Interceptación y derribo
de aeronaves - Drones - Controles preventivos - Actas - Pericias
Cadena de custodia - Nuevo Código Procesal Penal Federal

Con la colaboración de IGNACIO VERDE



*A mis queridos abuelos Juan, Luisa, Daniel
y, especialmente, Sabina.*

PRESENTACIÓN

En medio siglo de existencia he observado el fenómeno de las drogas prohibidas desde perspectivas muy distintas. Viví la adolescencia en un ambiente atravesado por los estupefacientes en una ciudad turística de la Provincia de Córdoba. Corrían los años 80 y todos teníamos amigos, compañeros del colegio o conocidos que abusaban de alguna sustancia; y conocíamos a los vendedores. Ya por entonces la droga y el alcohol eran corrientes en la vida nocturna, la calle, historias y conversaciones. Fui testigo de los cambios de conducta que se verificaban en consumidores problemáticos, los robos que cometían para procurar drogas, problemas psiquiátricos, vidas destruidas, el drama familiar y demás efectos devastadores que la adicción generó en entrañables amigos de la infancia, a punto tal de llevarlos a la muerte a muy temprana edad.

En la juventud viajé a África y el lejano oriente embarcado en un buque de carga de bandera nacional, otro ambiente en el que el alcohol y las drogas estaban muy presentes. El tedio de las travesías, la soledad, la distancia, el tumultuoso y complejo mundillo de los puertos en los que se intercambian toneladas de mercadería de todos los continentes, forman un entramado en el que históricamente han convergido sectores de marginalidad y actividades ilícitas. El consumo a bordo, los controles antinarcóticos en los cargamentos, barcos y puertos, los contrabandos y el encarcelamiento de tripulantes en los lugares más remotos, son parte del mundo marino.

Pasó el tiempo y todos los ciudadanos fuimos espectadores del aumento del tráfico y consumo. En mi trabajo durante casi veinte años en el fuero penal del Poder Judicial de Córdoba fue perceptible este crecimiento y la incidencia que fue teniendo en los problemas de seguridad. Mi camada presencié el incremento de

casos en los que las drogas estaban detrás de homicidios dolosos y culposos, robos y otros delitos. Desde 2006, en la función de fiscal federal, he intervenido como acusador público en cientos de juicios por narcotráfico, la principal competencia de esa jurisdicción en términos cuantitativos. Otras experiencias conexas fueron enriqueciendo la faz laboral: recorridos por zonas calientes de frontera que hice con Gendarmería Nacional, de puertos con la Prefectura Naval, las capacitaciones al Poder Judicial provincial y fuerzas policiales en el marco del proceso de desfederalización. Se sumó recientemente la participación en el II Congreso Internacional antidrogas en Colombia, invitado por la Policía Nacional de ese país, gracias a la gentil intermediación de la novel Fuerza Policial Antinarcotráfico de Córdoba. En ese evento pude compartir experiencias con especialistas de muchos países, con problemáticas comunes y distintas. Constituyó una inestimable enseñanza por la entidad que ha tenido el narcotráfico en Colombia, el entrenamiento y capacitación de los anfitriones y la voluntad en transmitir la experticia adquirida a partir de la adversidad.

Sepa disculpar el lector si hasta aquí esta presentación viene resultando muy autorreferencial, pero fue una forma sencilla de explicar el origen de muchas apreciaciones vertidas en este trabajo, sin que sea copiar y pegar el índice. Las experiencias personales, laborales y el vertiginoso proceso de cambio, determinaron el contenido. Por eso el libro es más de lo que el título indica ya que no se agota en el estudio y desarrollo de las técnicas de investigación y medios de prueba del narcotráfico; va más allá intentando transmitir las apreciaciones, opiniones, ideas y concepciones sobre el complejo y problemático mundo de las drogas, alertar sobre sus consecuencias y a la vez derribar mitos y farsas. Sin la comprensión de este marco, todo estudio que se encare sobre las estrategias de persecución y represión estará limitado por las anteojeras propias de cada disciplina.

Mucho cambió el mundo desde aquella infancia y adolescencia en Carlos Paz con la que inicié este prólogo. El fenómeno de las drogas no fue la excepción. Se pueden citar la expansión del consumo, los miles de muertos en latinoamérica, la mutación de Argentina a país de tránsito, la irrupción del paco, las drogas de diseño y sintéticas, la proliferación de los “kioscos”, nuevas modalidades (búnkeres en las villas que aumentaron al ritmo de la pobreza), la producción local en “cocinas”, la despenalización jurisprudencial de la tenencia de consumo en la intimidad, el uso

medicinal del cannabis, la legalización de la marihuana en Uruguay y otros estados, etc.

Hay una base que no es nueva. Desde tiempos inmemoriales y por variadas razones el ser humano ha sentido atracción o necesidad por alterar sus estados mentales y físicos. Es muy amplia la gama de sustancias y formas con las que la gente puede drogar su cerebro: ilegales (opio, marihuana, cocaína, metanfetaminas, heroína, LSD, etc.); legales (alcohol, tabaco, cafeína –bebidas estimulantes-); controladas (anestésicos, analgésicos –como la morfina-, remedios para el parkinson o la tos –sobre todos los opiáceos-, ansiolíticos e hipnóticos, muchas veces combinados con alcohol); fármacos aplicados en cantidades y por vías distintas (p. ej., inhalación nasal de gotas oftalmológicas) o que no están destinados a humanos (v.gr. de uso veterinario); ingesta de insecticidas, inhalación de pegamentos y otros productos industriales; hierbas medicinales modificando la aplicación y fines (p. ej., el chamico que los asmáticos aspiraban en vahos, tomado en té concentrado es un peligroso alucinógeno de efecto prolongado que por su toxicidad puede causar la muerte); hongos que crecen en la tierra, excrementos o en alimentos fermentados; plantas; filamentos de frutas disecados y fumados, etc. La enumeración, que podría continuar, es lo suficientemente elocuente para darse cuenta que, desde el punto de vista fáctico, es imposible impedir totalmente que las personas alteren sus estados naturales mediante sustancias; y que en el plano jurídico no hay prohibiciones absolutas, porque siempre habrá elementos que queden al margen de las proscripciones legales. Hay lugares con bajo consumo de estupefacientes, pero alto abuso de sustancias lícitas. Por ejemplo, mi hijo mayor vivió en Australia y me contaba que en pequeñas comunidades rurales, a diferencia de las grandes ciudades costeras, había “poca droga”, pero el consumo de alcohol era impresionante. En otras partes del mundo, o en determinados sectores sociales, puede haber escaso uso de sustancias prohibidas, y elevado de ansiolíticos, antidepresivos y otros de venta legal, asociados con la alienación, estrés y soledad que signa la vida moderna en las grandes ciudades.

El ideal del control total es irrealizable, salvo que cual pesadilla futurista el Estado se apropiara de las mentes. El acto de “drogarse” es tan fugaz y diminuto, que no hay fuerza policial ni tecnológica que pueda impedirlo. Lo explicaba con palabras mundanas el filósofo Antonio Escohotado: “Hay que tener en cuenta que

una dosis activa de LSD cuesta realmente 60 céntimos y es invisible para el ojo humano, es decir, puede circular en cualquier parte”.

Lemas, metas y propuestas livianas y corrientes, tales como “Un mundo libre de drogas” (ONU) son fantasías; “Sol sin drogas”; “Narcotráfico cero” o “Argentina sin narcotráfico” aparecen actualmente irrealizables. E insuficientes son las propuestas propagandistas de recetas mágicas o genéricas (“guerra contra las drogas”, “aumento de penas”, “reforma del Código Procesal”, etc.), que a veces terminan agravando el problema en un efecto de “tela de araña” donde la sociedad que cae en la red del narcotráfico termina cada vez más envuelta y atrapada por los movimientos nerviosos, irreflexivos o espasmódicos dirigidos a zafar. Esto recuerda a la lucha del personaje Simón Carbajal en el poema homónimo de Borges: “El duelo era fatal y era infinito. Siempre estaba matando al mismo tigre. Inmortal”.

Si sumamos la cuestión constitucional, filosófica y política de hasta donde el Estado puede entrometerse en la vida privada y el cuerpo de las personas, el tema se vuelve mucho más complejo. Decidir donde se pone el límite que divide la franja de drogas ilícitas de las lícitas es una de las cuestiones más difíciles de la política criminal actual en la materia. A la larga define conceptos sociales extendidos, tales como “drogadicción”, “narcotráfico”, etcétera.

En este libro ronda un cierto escepticismo sobre metas demasiado ambiciosas de eficacia en la lucha contra el narcotráfico, al menos en el futuro cercano. De allí que en un tramo opino que una política criminal será exitosa cuando logre contener el fenómeno y disminuir las consecuencias negativas colaterales, salvo que se trate de países donde se ha desmadrado, allí únicamente podrá hablarse de eficacia si hay reducción. Mientras exista gente que quiera drogas e interesados en ganar dinero proveyéndolas seguirá siendo un problema con fuerte presencia del factor económico. Ninguno de esos extremos parece ir en franca disminución, más bien sucede lo contrario en una escala mundial de oferta y demanda de proporciones nunca antes alcanzadas, según lo admite la propia ONU. Tal vez sea como afirma Sebrelí, que “los Estados no pueden luchar contra los mercados globales, el mercado gana siempre”.

Córdoba, enero de 2020

“La razón última de la legislación actual sobre drogas es el miedo social, que es una suma de miedos individuales. Es la condición social de que si abren las puertas de tu cerebro va a salir un loco dando voces, cuando la realidad es la inversa, es decir, estamos soberanamente locos y sólo autorizamos unas drogas que nos mantienen en el mismo estado. Asistimos a la prehistoria de las drogas. Han de descubrirse otras muchísimo mejores”.

ANTONIO ESCOHOTADO

“¿Quién nos contará alguna vez la historia de los narcóticos, que es casi la historia de la cultura, de la denominada cultura superior?”.

NIETZSCHE

“Ay otra yerva, como turmas de tierra, que se llama peyotl. Los que la comen ó beben veen visiones espantosas, oderrisas...La primera cosa que se comía en el convite eran unos hunguillos negros que ellos llamaban nanacatl que emborrachaban y hacían ver visiones y aun provocaban á lujuria. Aquellos hunguillos los comían con miel y quando ya se começavan aescalentar con ellos começavan abaylar, algunos cantavan, otros lloravan porque ya estaban borrachos con los hunguillos, y algunos no querían cantar, sino sentávanse en sus aposentos .y estávanse allí como pensativos: y algunos vían envisión que se morían, y lloravan, y otros vían envisión que los comía alguna bestia fiera, otros veían que cautivaban en la guerra: otros que habían de ser ricos: otros que habían de tener muchos esclavos: otros que habían de adulterar y les habían de hacer tortilla la cabeza por este caso: otros que habían de furta algo por lo cual los habían de matar y otras muchas envisions que vían. Después que había pasado la borrachera de los hunguillos hablaban los unos con los otros acerca de las visiones”.

FRAY BERNARDINO DE SAHAGUN, *Historia general de las cosas de Nueva España*, siglo XVI

PRIMERA PARTE

Concepciones,
jurisdicción y competencia

“Voy a contarles una historia, pero voy a ser franco, no termina bien, de hecho no termina nunca. Se trata de cómo ciertas instituciones en las que uno confía decidieron declarar una guerra, no una guerra típica, de esas con tanques, aviones, desfiles y todo eso; una guerra contra la droga, de las que uno olvida que se están librando, hasta que nota que en 30 años hubo 500.000 muertos, y habrá más...La intervención militar nunca es como esperas, es más, suele salir mal”.

Relato de un agente de la DEA en el Capítulo I de la serie
Narcos México de Netflix.

“Cuando llego por primera vez a prisión no estaba disfrutando la vida porque estaba en plena guerra...Yo soy un hombre de guerra y disciplina. Nunca me drogué. Aprendí la disciplina de Pablo Escobar que era un hombre muy disciplinado porque el éxito en la vida está en esa palabra. Nosotros matamos 540 policías. Cuando salí de prisión me ofrecieron matar al Coronel Aguilar, yo dije que no. Le matamos policías al coronel y él mató al patrón y esa guerra ya se acabó. Yo realmente no tengo odio en mi corazón. Mataba por lealtad a mi patrón. Lo más grande que puede tener un ser humano es la lealtad Cuando cae el patrón es como si hubiesen matado a mi madre cien veces; los bandidos no lloramos, pero me lloraba el alma”.

Entrevista en la cárcel a Jhon Jairo “Popeye” Velásquez,
sicario de Pablo Escobar.

“Esos que se hacen los pícaros y dicen que la cocaína te estimula no saben nada. Si vos tomás cocaína para jugar al fútbol no podés jugar. La cocaína no sirve para ser mejor en la cancha. No sirve para la vida, te quedás duro. No sirve para nada. Fui, soy y voy a ser drogadicto para todo el mundo siempre. Porque al drogadicto no se le perdona nada, es discriminado, es un hijo de mala madre, al drogadicto no lo quiere nadie. Y si sos famoso para colmo te castigan. Dicen que te quieren ayudar y te golpean”.

DIEGO ARMANDO MARADONA.

CAPÍTULO I

EL CONTEXTO HISTÓRICO Y LA JURISDICCIÓN

“Toda censura existe para impedir a todos poner en tela de juicio las concepciones corrientes y las instituciones existentes. Todo progreso se inicia poniendo en tela de juicio las concepciones corrientes, y se lleva a cabo suplantando las instituciones existentes por otras. Por consiguiente, la primera condición del progreso es la supresión de la censura”.

G. BERNARD SHAW.

“Después de un fracaso, los planes mejor elaborados parecen absurdos”.

DOSTOIEVSKI.

I. Introducción

En materia de persecución y represión de los delitos relacionados a estupefacientes, actualmente existe un régimen muy particular. Por regla le corresponde a la jurisdicción federal, pero puede ser compartida por la provincial solo en el segmento menor (principalmente tenencia y narcomenudeo) y únicamente si las jurisdicciones ordinarias lo asumen mediante ley local (art. 34 ley 23.737). De esto resulta que en la mayoría de las provincias la jurisdicción es totalmente federal puesto que solo algunos estados se han adherido (p. ej., Buenos Aires, Córdoba, Salta, Chaco, Santiago del Estero, Formosa, CABA).

Para comprender el trasfondo de la cuestión y como se llega al esquema mixto actual, es útil tener en cuenta las razones que subyacen a la problemática, ligada a múltiples factores, históricos, políticos, legales y culturales. Es que el contexto, que puede ser

muy distinto según la época y el lugar, tiene relación estrecha con la concepción, y esta, a su vez, con la asignación de la jurisdicción judicial (común o federal).

A lo largo de la historia el *homo sapiens* se ha drogado de las más diversas formas y por muy distintos motivos. Para calmar el dolor físico o psíquico, evadirse, curar una enfermedad, conciliar el sueño o lograr la vigilia, por diversión, curiosidad o razones religiosas, bélicas, etc., los seres humanos han alterado su estado mental mediante muchas sustancias. Pero como el uso indebido y abuso de las drogas ha traído aparejado males, enfermedades físicas, psíquicas, adicciones, se las ha intentado regular. Esto es lo que permite hablar de “drogas” en el sentido genérico de la OMS, o sea en referencia a las sustancias que producen una alteración del natural funcionamiento del sistema nervioso central modificando la conciencia, el estado de ánimo o los procesos de pensamiento. Y de estupefacientes, en un significado jurídico, como el del art. 77 del C.P: “...psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional”.

Las regulaciones trajeron aparejados efectos positivos y negativos, hasta guerras. Un buen ejemplo histórico pueden ser las guerras del opio, también llamadas anglo chinas, en el siglo XIX. Muchos chinos se drogaban, los ingleses ganaban dinero vendiéndoles el opio que producían en sus colonias de la India. La empresa era tan redituable que se crearon bancos para financiarla.¹ Pero del aparente estado de bienestar que les causaba la “adormidera” el problema individual de los adictos pasó a ser de salud pública, y sobrevinieron la disminución del rendimiento, la comisión de delitos para procurar la droga, etc., todo lo cual llevó a que las autoridades prohibieran la droga y declararan ilegal su tráfico. Como esto les perjudicaba el negocio a los ingleses, el diferendo generó dos guerras que se prolongaron por varios años.

Otro fenómeno digno de citar es el de “ley seca” en Estados Unidos. En el siglo XIX el consumo de alcohol (principalmente

whisky, licor y ron) en aquel país se había vuelto una epidemia de terribles consecuencias individuales (adicción, enfermedades físicas y mentales asociadas, discapacidades, quiebras económicas), y sociales (aumento de la violencia doméstica y urbana). Como reacción fue creciendo un movimiento que directamente propiciaba la prohibición del alcohol, encarnado principalmente en mujeres que veían los estragos que causaba en el hogar, y en las iglesias protestantes con foco en la degradación moral. La guerra de la secesión puso un intervalo a esa lucha, pero con el tiempo resurgió. La inmigración alemana introdujo la cerveza a escala industrial y otras corrientes el vino; los extranjeros incrementaron el consumo generándoles a muchos la ruina porque la magra paga que recibían por su duro trabajo, terminaba en el bar, tal vez como escape a las difíciles condiciones de vida que tenían los recién llegados. Por algo Martín Fierro aconsejaba que “siempre, en toda ocasión, el trago es el peor enemigo”. De allí que la situación de los desdichados no hacía más que agravarse. En la segunda década del siglo XX varios factores potenciaron al movimiento antialcohol (la guerra mundial con Alemania debilitó al fuerte lobby empresarial germano de la cerveza en Estados Unidos, la industrialización veía mermar la productividad de los obreros —por eso Henry Ford era prohibicionista—). Aun cuando había leyes restrictivas locales, perdían vigor o efectividad si en el condado o estado vecino no había restricciones. En 1920 se introdujo la enmienda 18 a la Constitución con la mayoría calificada del congreso y la ratificación de las legislaturas estatales. En su consecuencia se dictó la ley Volstead, prohibiendo y penando el alcohol en todo el país, tan estricta que hasta las tortas borrachas quedaron proscriptas, dando lugar con el tiempo a pocas excepciones o flexibilizaciones (p. ej., vino para ceremonias en iglesias y sinagogas, alcohol medicinal recetado por médicos y vendido en farmacias), que frecuentemente eran usadas como pantalla del uso ilícito. En lo inmediato el Estado se vio privado de los cuantiosos impuestos que cobraba sobre las bebidas alcohólicas y las miles de personas que esa industria empleaba directa o indirectamente quedaron desocupadas. Al pasar a ser delictivo el alcohol, la ley seca desencadenó consecuencias similares a las de los estupefacientes: el consumo se volvió clandestino y quienes querían desafiar se las ingeniaban de mil maneras, el precio aumentó, los pobres pasaron a tomar bebidas de mala calidad producidas ilegalmente, a veces rebajadas con sustancias muy nocivas (metanol, alcohol de quemar,

¹ El HSBC (Hong Kong y Shanghai Bank Corporation) fue fundado a mediados del siglo XIX para servir como columna vertebral de la red financiera de la British East India Company, haciendo lo mismo con la guerra del opio (NOVOA NOVOA, Josep M.: *El botín de Botín*, Foca Ediciones, Madrid, 2003, p. 317).

solventes, diluyentes, etc.); los ricos accedían a las originales que se contrabandearon desde países donde no regía la prohibición (principalmente Canadá y Bahamas que era colonia británica). La persecución recaía mayormente sobre consumidores y pequeños expendedores o contrabandistas, cuando un bar era clausurado, otro abría; las penas aumentaban, las cárceles también, los fondos y los recursos siempre eran insuficientes, crecían la violencia y la corrupción. Los bandidos se organizaron para el tráfico y desataron una ola de violencia brutal, ya sea por la disputa del mercado o los enfrentamientos con las fuerzas del orden. Chicago y otras ciudades se vieron sumergidas en una gran inseguridad. Surgió una casta de millonarios jefes del negocio, y algunos se volvieron celebridades. Al Capone, Johnny Torrio, Lucky Luciano, Costello, O'Bannon, Berstein eran los equivalentes a los famosos narcos de hoy. La procedencia migratoria de muchos empezó a ser usada por los prohibicionistas para culpar a los extranjeros como responsables de la situación. El país se dividió entre “húmedos” y “secos”, como se denominaba a quienes estaban en contra o a favor de la ley. Los primeros eran más fuertes en las grandes ciudades y en los conglomerados de inmigrantes. Precisamente uno de sus representantes más conspicuos, el gobernador de Nueva York Al Smith, proveniente de un barrio pobre, nieto de irlandeses e italianos, autoreconocido bebedor, fue el primer candidato católico a la presidencia por el Partido Demócrata en 1928, en una elección cuyo eje fue la discusión sobre la problemática ley, y en la que ganaron ampliamente los republicanos que la apoyaban. Los prohibicionistas tenían mayor peso en el Estados Unidos profundo, rural, blanco, anglosajón, protestante y puritano. Inclusive movimientos racistas como el Ku Klux Kan adherían fervientemente, acusando a los afroamericanos de cometer actos salvajes por el consumo, algo en lo que solían incurrir los acusadores. Esto me recuerda lo que decía Adriano en sus memorias noveladas por Yourcenar: “de un moralista espero cualquier cosa”.

A pesar de que con la ley seca bajó el consumo (por la mayor dificultad y riesgo en conseguirlo, consecuencias legales y mayor precio), los males que trajo (aumento de enfermos y muertos por la baja de la calidad y sustancias de corte y los homicidios, crimen organizado, etc.) y la percepción en amplias franjas sociales de que se trataba de una medida hipócrita (puesto que muchos prohibicionistas eran conocidos tomadores) y exagerada, hicieron que el movimiento a favor de la permisión se fortaleciera y voces

autorizadas proclamaran el fracaso de la prohibición. Tras la gran depresión del año 1929 se dieron otros factores. La necesidad de recaudar impuestos por la crisis fue un disparador. El Senador Hiram Bingham, otrora descubridor de Cuzco, proponía derogar la ley para luchar contra la desocupación y aumentar la recaudación. Junto a otras causas vino el comienzo del fin de la ley seca. A partir del triunfo electoral de Franklin Roosevelt en 1933, se derogó la enmienda 18 –algo extraño en la historia constitucional de Norteamérica- y se fue dejando atrás la ley. Rápidamente permitieron la cerveza y sucesivamente con los años las demás bebidas alcohólicas. Aunque muchos Estados siguieron con la prohibición, sea por convicción o beneficios de los que lucraban, poco a poco fue quedando sin efecto.

Las historias de las guerras del opio y la ley seca, a grandes rasgos pueden ser aleccionadoras acerca de los riesgos que entrañan tanto las permisiones amplias como las prohibiciones muy estrictas.

Más allá de las similitudes, lo cierto es que el fenómeno del narcotráfico es mucho más complejo. Modernamente algunos países se han visto envueltos en conflictos armados por el narcotráfico, con escala de guerra civil, como lo ocurrido en México.² En general los grandes centros de producción (p. ej., Colombia, centro y sudeste de Asia) son traccionados por los grandes consumidores (Estados Unidos, Europa, Brasil y China). Y cuando hay una intervención exitosa en una región, se produce el denominado “efecto balón” o “globo”, por el cual se traslada a otra (lo que ocurrió en México tras los fuertes golpes que les asestaron a los grandes carteles colombianos como los de Cali y Medellín). La intervención armada norteamericana en Afganistán después del 9-11 obstaculizó la producción de opio, pero rápidamente se extendió a países de la región. También cuando cae el consumo

² Según cifras difundidas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), desde que comenzó la guerra contra el narco, iniciada por el expresidente Felipe Calderón en 2007, hasta 2014 se contabilizaron 164.000 víctimas, cifra que supera la suma de muertos, en ese mismo periodo, en las guerras de Afganistán e Irak (*ABC.es*, Madrid, 11/8/2015). En países donde el fenómeno tiene menor intensidad, la percepción puede ser lejana a la idea bélica. Mario Layera, Director Nacional de la Policía de Uruguay, decía que “no hay ninguna guerra cuando estás en un Estado de derecho. Nunca hubo una guerra. Si no, estarían todos los narcotraficantes muertos” (MÜLLER SIENRA, Christian, y DRAPER, Guillermo: *Marihuana oficial*, Sudamericana, Montevideo, 2017).

de una sustancia suele ser reemplazada por otra (p. ej., la baja en el uso de heroína y de las superficies cultivadas en los valles de amapola fue a la par del reemplazo con fentanilo y otras nuevas sustancias psicoactivas (NSP) de diseño.

Otro tema es el del reparto interno de competencias de las políticas contra el narcotráfico. En nuestra organización constitucional la regla es la jurisdicción provincial y la excepción es la federal. Esto deriva de la formación misma de la República, ya que la Constitución de 1853 fue consecuencia de los enfrentamientos y guerras civiles que siguieron a la revolución de mayo y posterior declaración de independencia. Uno de los mayores contrapuntos del conflicto era la puja por las atribuciones y poderes entre las provincias “del interior” y “el puerto” de Buenos Aires. Y precisamente, los pactos preexistentes que marcaron la paz, trajeron como resultado la fundación constitucional del país, siendo una de las metas preambulares la de afianzar la paz interior. En este esquema que posibilitó cerrar esa etapa de luchas fratricidas, las provincias conservaron todos los poderes no delegados al gobierno federal (C.N., art. 121). Así, cedieron a los poderes nacionales la función de legislar el derecho penal de fondo o sustantivo (C.N., art. 75, inc. 12) y se reservaron el de administrar justicia en su territorio, estableciendo el procedimiento y la organización judicial, salvo para casos excepcionales en los que exista un interés nacional, donde actuará la denominada “justicia federal”. Entonces, siendo la jurisdicción provincial la regla, y la federal la excepción, hay que indagar las razones por las cuales la materia de estupefacientes es considerada preponderantemente federal. Como adelantamos, en esto tiene mucho que ver la concepción que se tenga de la problemática de las drogas y el contexto en el que se verifica. Si bien no existen delimitaciones puras de las etapas al respecto y toda clasificación siempre tendrá algo de caprichosa, igualmente puede ilustrar repasar los aspectos y caracteres más sobresalientes de cada momento.

2. Las concepciones moralistas o de sanidad local

Hasta los primeros años del siglo xx drogas como la cocaína y marihuana no estaban prohibidas, en tanto que la cuestión del abuso de sustancias adictivas o perjudiciales para la salud, era vista más como un problema de moralidad pública —sometido al

control del poder de policía—³ que de salubridad general, por lo tanto lo abordaba la legislación local.⁴ A tal punto era así que en 1920, tras una ordenanza del Departamento Nacional de Higiene que prohibía la venta libre en farmacias de opiáceos o cocaína, el diputado Capurro presentó un proyecto de ley reglamentando sobre alcaloides y esto generó una acalorada reacción de la oposición, que argumentaba que era una ley que interfería con los “vicios privados” de las personas, por lo que resultaba contraria al art. 19 de la C.N. y se contraponía al proyecto liberal y laico de la Argentina moderna, que no era compatible con la imposición de valores morales a los ciudadanos.⁵

En 1912 se dio el primer tratado internacional de envergadura (Convención de la Haya del opio, que tenía como antecedente la Comisión Internacional del opio de Shangai de 1909), por la cual los firmantes se obligaban a realizar esfuerzos para controlar la fabricación, importación, exportación, venta y distribución de morfina, cocaína y derivados, pero nuestro país no fue de los signatarios originarios y pasaron muchos años hasta la adhesión. De

³ La moral pública es uno de los bienes que se puede proteger mediante el poder de policía (véase BIDART CAMPOS, Germán: *Manual de la Constitución*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1998, pp. 345/346). Mientras en el siglo XIX se mantenía cierta distinción entre derecho y moral, dejando los juicios sobre los excesos —derivados del consumo de sustancias— en el terreno de lo *honestum* y, por tanto, no sancionable desde el derecho, en el siglo XX ambos comienzan a entrecruzarse con más claridad (SÁNCHEZ ANTELO, Victoria: “Primeros debates sobre legislación del uso de drogas en Argentina a comienzos del siglo XX...”, *Salud Colectiva*, vol. 8, n° 3, 2012).

⁴ BARBARÁ, Fernando, y PROCAJLO, Fabio, “La ley 26.052: nueva atribución de competencia en materia de estupefacientes”, *LL*, 2005-F, 1515, Sup. Penal, octubre 2005, p. 11. Mencionan los autores a La Rioja (ley 363 de 1920), Córdoba (ley 3338 de 1923) y Corrientes que en 1922 reglamentó por decreto la venta de estupefacientes. La literatura jurídica de la época ponía el acento más que en la salud pública, en los aspectos morales del fenómeno, ya que se consideraba al consumo de tales sustancias como un vicio pernicioso para la sociedad, en especial para los jóvenes.

⁵ El diputado Bréard señalaba que penalizar la posesión de alcaloides sería tan absurdo como prohibir la posesión de armas para evitar el peligro del suicidio y que incriminar a alguien por “la simple posesión de una sustancia supone atribuirle de antemano intenciones criminales (AUREANO, Guillermo: “La construction politique du toxicomane dans l’Argentine post-autoritaire. Un cas de citoyenneté abasse intensité”. Tesis de Doctorado en Ciencias Políticas, presentada en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Montreal, 1998, citado por WEISMANN, Patricia: “Morfinomanía y defensa social”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 21, n° 78, 2001, p. 119).

todas formas, este convenio tuvo incidencia en el paulatino cambio de paradigma. Como señala Sánchez Antelo en el trabajo citado: “se instala con mayor fuerza como moduladora de las legislaciones locales tendientes a la criminalización de los consumidores. Si bien esto no se cristaliza expresamente en los acuerdos alcanzados, la campaña norteamericana generó un fuerte cambio en las formas en que se percibía a los consumidores hasta ese momento. Es en este debate internacional que se instala el pasaje del estigma social del consumidor: del holgazán, débil de carácter o víctima, etc., a la figura del criminal... en las distintas regiones, este discurso se irá instalando y será el inicio para que, al menos discursivamente, no solo se criminalice a los adictos (más que a la adicción), sino que... comenzarán a ser vistos como una enfermedad contagiosa... como un foco infeccioso cuyo contacto con individuos susceptibles contribuye a diseminar el hábito”.⁶

Aunque en este período en el ámbito nacional fue más lenta la repercusión de las nuevas tendencias globales lideradas por Estados Unidos, como se verá más adelante, la política antidrogas de la región durante todo el siglo xx estuvo marcada por la agenda norteamericana.⁷

⁶ SÁNCHEZ ANTELO: ob. cit. Sobre la influencia de la política prohibicionista norteamericana, agrega que ya en 1909 y con el patrocinio de Roosevelt, se había realizado en Shanghai la Convención Internacional del Opio, que precedió a la de La Haya de 1911-1912, enmarcada por la previa aprobación de la “Ley de Exclusión del Consumo de Opio” que prohibía en Estados Unidos la importación y el consumo interno de esta sustancia para usos no medicinales a los fines de presentar sus exigencias a los demás países “predicando con el ejemplo”, con el dato de que el representante norteamericano, tanto en Shanghai como en La Haya, era un misionero de la Iglesia Metodista en Filipinas, obispo ultra-conservador, con un profundo compromiso con la expansión de las políticas norteamericanas en la persecución de los “espíritus débiles del círculo insano en pos de los placeres”.

⁷ Un buen estudio señala la coincidencia de distintos autores (Davenport-Hines, 2003; Escocotado, 1995 y otros) en que uno de los antecedentes principales de los posicionamientos ideológicos-políticos puede ubicarse en algunos movimientos sociales que comienzan a desarrollarse en los Estados Unidos a fines del siglo xix y principios del siglo xx que “se expresan en dos vertientes diferentes y complementarias: por un lado, una creciente condena moral, generalizada en la sociedad estadounidense, hacia el consumo de ciertas sustancias asociadas a poblaciones y sectores sociales marginados y discriminados por dicha sociedad, como los negros (cocaína), los inmigrantes chinos (opio) y mexicanos (marihuana). Por otro lado, el cuerpo de instituciones médicas y farmacéuticas de Estados Unidos intentan consolidarse como un monopolio en cuanto a la

El Código Penal de 1921, que tipificaba delitos contra la salud pública que involucraban medicamentos, no legislaba penalmente de manera específica sobre los estupefacientes, o alcaloides como se les llamaba por aquel entonces. En verdad, las regulaciones sobre las sustancias medicinales y las drogas que las componían no eran nuevas. Ya en 1822 Rivadavia emitió un decreto reglamentando la elaboración de medicinas en las boticas conforme la Farmacopea Española. Recordemos que por aquel entonces los remedios se preparaban en las farmacias. Y la cocaína fue durante varios años una droga vendida legalmente en esos comercios,⁸ había bebidas de consumo general que la contenían en su fórmula, y en las primeras décadas del siglo pasado, el uso de ciertas drogas era aceptado en algunos círculos y ambientes sociales, como ocurría en el tango. Tan extendido estaba el fenómeno en ese ambiente que se ha reproducido una anécdota sucedida varios años después: “antes de que Goyeneche empezara en la orquesta de Troilo, probaron a Rodolfo Lezica, una gran voz ciudadana jamás reconocida como se lo merecía por su talento. Luego de la prueba, Troilo lo cita y le dice ‘Pibe, no vas a cantar conmigo’. Entonces Lezica pregunta. ‘¿Pero qué pasa maestro, no le gusta como canto?’. A lo que Pichuco contesta ‘Sos un fenómeno, pero dos faloperos en mi orquesta es demasiado’”.⁹

Volviendo a los años 20, se ha descrito que el consumo de sustancias como la cocaína, la morfina y el opio otorgaba cierto estatus, que jóvenes aristócratas adictos tenían suficiente fortuna como para vivir sin trabajar y permitirse el consumo de varios gra-

prescripción de sustancias psicoactivas y comienzan a condenar la autoadministración, rechazando la venta libre en farmacias”. Se señala como génesis, la moral protestante de los siglos xviii y xix que hace de la abstinencia una obligación, “teniendo como objetivo proteger a los hombres de sus propios excesos; esto es, protegerlos de sí mismos. Posteriormente estos principios morales, aunque continúan vigentes, fueron reemplazándose poco a poco por fundamentos de orden sanitario y social que complementan y justifican a aquellos” (GÓMEZ, Raúl Á.: “La legislación penal argentina sobre drogas. Una aproximación histórica”, 2013, disponible en <https://www.aacademica.org/000-054/292.pdf>).

⁸ Roberto Arlt describió magistralmente las historias de la mala vida porteña pintando el bajo mundo del crimen en aquellos años donde la cocaína y el boticario eran parte de la postal.

⁹ FEDERICO, Mauro, y RAMÍREZ, Ignacio: *Historia de la droga en Argentina*, Aguilar, Buenos Aires, 2015, p. 174.

mos de cocaína que adquirirían a buen precio en cualquier botica de barrio o en determinados puestos de venta de cigarrillos y cafés.¹⁰

3. La concepción sanitaria nacional e internacional

La década del 20 empieza a cambiar la visión del problema. En el Código Penal de 1921 se tipificó en el art. 204 el suministro infiel de medicamentos que castigaba la venta de sustancias peligrosas para la salud ocultando el carácter nocivo, pero “el prohibicionismo criollo se vio alterado con un hecho que quedaría en la historia de la legislación penal argentina. Un parroquiano —Ricardo Morgan— fue atrapado” en un bar mientras comercializaba pequeños paquetitos de cocaína, pero un tribunal observó que la ley vigente no preveía el caso del que entregaba sin engañar sobre la sustancia, lo que abrió la puerta “a la modificación legal más importante del primer cuarto del siglo xx en materia de alcaloides”.¹¹

El año 1923 puede ser citado como el año bisagra en la política represiva de las drogas a nivel nacional. El panorama que reinaba por aquel entonces fue descrito de la siguiente manera: “Jacinto Fernández conoció de cerca el drama de las drogas. El jefe de Policía tenía en su poder archivos donde se mostraban numerosos hechos relacionados con la venta y consumo clandestino, la mayoría de los cuales no merecían sanción penal ya que no pasaban los límites de la simple contravención. La policía tiene atadas las manos para perseguir el elemento tenebroso que se dedica a la venta de esas sustancias, pues aparte de la habilidad con que encubren su comercio ilícito, la única penalidad posible es el decomiso de los artículos y una multa insignificante para los casos de sorpresa en flagrante contravención. Por otra parte, la acción penal está supeditada en esta clase de contravenciones a la iniciativa de las autoridades municipales que tienen la misión primaria de velar por el cumplimiento de las órdenes relativas a la salud pública”.¹²

¹⁰ Ídem, p. 51. Así nacieron los narcotraficantes de ese tiempo, como Manco y Toro, que “antes de transformarse en los líderes de la primera organización narcocriminal de la historia argentina, los hermanos Freddi atendían una farmacia en una esquina céntrica de Buenos Aires” (p. 54).

¹¹ Ídem, p. 73.

¹² Reportaje publicado por el diario *La Razón* el 17/4/1923, citado por FEDERICO RAMÍREZ: ob. cit., p. 71. También citan otras notas periodísticas de la época (pp. 58 a 61): “La cocaína ha pasado a ser un vicio nacional... El alcaloide, trágico,

El mismo año, Leopoldo Bard, publicó “Los peligros de la toxicomanía” conteniendo un proyecto de ley para la represión del abuso de los alcaloides, documento de honda trascendencia en las políticas públicas anti droga de la época. Propiciaba reprimir la venta o entrega de drogas sin prescripción médica o en cantidades que la superen, como así también el contrabando.¹³ Para ello compendia antecedentes provinciales sobre la regulación del comercio de sustancias nocivas que exponían los diferentes regímenes sancionatorios. Como señala un estudio, “ubica su proyecto, por una parte, en los debates más amplios —que exceden el ámbito local— sobre las funciones del Estado en la salud pública, específicamente tendientes a regular el ejercicio de las ciencias médicas y actividades afines; y, por otra, en el plano de las relaciones comerciales internacionales y sus mecanismos de regulación”.¹⁴

El papel de Bard en las políticas represivas nacionales de las drogas es curioso y paradójico. Bien vale detenerse y por unos instantes desviarnos del tema para introducirnos en su vida. Con

se consigue con una facilidad pasmosa, y con su canallesco comercio están haciendo fortuna un montón de seres, que hasta el momento viven al margen de la ley, sin que la justicia los castigue” (*La Voz del Interior*, 19/1/1923). “Una señora elegante y de la llamada buena sociedad que lleva dos apellidos conocidos se presentó en el Departamento Nacional de Higiene a denunciar que una farmacia de las cercanías de Bustamante y Juncal le suministraba la maldita droga, que la estaba destruyendo lentamente, y de la que no podía liberarse: venía a pedir a la autoridad sanitaria que la protegiese contra ella misma, impidiendo al farmacéutico que continuase proveyéndole el veneno” (*La Razón*, 24/4/1923). “La verdadera epidemia, la peor epidemia, pasea por las calles de nuestra ciudad luciendo sobre la pechera nívea de las camisas, arrestando en los faldones del frac impecable, o en las tiras de los harapos, el encanto perverso y fatal con el que los traficantes de alcaloides seducen fatalmente los pobres espíritus sin destinos de nuestra juventud” (*Crítica*, 19/6/1922).

¹³ Uno de los fundamentos era que la Cámara en lo Criminal había revocado la resolución dictada por el Juez del Crimen en relación a Ricardo Morgan por expendio clandestino de cocaína, considerando que era atípico el comercio clandestino de alcaloides. Originariamente preveía penas de 6 meses a 2 años de prisión cuando el delito lo cometían personas autorizadas; y de 3 meses a 1 año y medio si no lo estaban (Congreso Nacional, Cámara de Diputados, Reunión N° 73, 30/10/1923). La Comisión de Códigos del Senado consideraba “sumamente leve” esas penalidades, “teniendo en cuenta la naturaleza repugnante del hecho que puede producir la enfermedad o muerte de la persona” a quien se le suministra las sustancias, proyectando elevarla de 3 a 15 años (Cámara de Senadores, Diario de sesiones, 24/11/1923).

¹⁴ SÁNCHEZ ANTELO: ob. cit.

una personalidad polifacética¹⁵ propia de los seres sobresalientes de la época, representó ideas de avanzada para aquel entonces, defendiendo derechos laborales y de la mujer, voto femenino, propiciando la separación entre Iglesia y Estado, enseñanza laica, divorcio vincular, entre otras iniciativas. Formó parte de esa clase social emergente que accedió al poder yrigoyenista con el voto popular, lo que le valió el repudio de los conservadores.¹⁶ Sin embargo, el rol de sus ideas en el surgimiento del nuevo paradigma represivo de las drogas fue en aumento, convencido de que la inclinación a los excitantes tóxicos era un fenómeno universal cada vez más difundido, con el tiempo pasó a propiciar la criminalización de la tenencia para consumo, contaba con el respaldo de las fuerzas policiales y estaba inspirado por la política punitiva expansiva de Estados Unidos.¹⁷ De todas formas no es raro que haya personas con posiciones progresistas en ciertos temas y conservadoras en

¹⁵ Médico sanitarista y laboral, fue diputado nacional radical; también uno de los fundadores de River Plate que contribuyó a bautizarlo con ese nombre, jugador como capitán del primer equipo del club, preso político durante el golpe de 1930 bajo la falsa acusación de una conspiración para alertar el orden público, pasó por las cárceles de La Plata y la antigua penitenciaría de Buenos Aires, entre otros lugares. Al ser trasladado malherido por las torturas al mismo Hospital Ramos Mejía donde impartió cátedra, rapado y con uniforme de preso fue recibido con reverencia por médicos que fueron sus ex alumnos.

¹⁶ Como se refería Benjamín Villafañe, uno de sus representantes: “Era el encumbramiento de la hez de la chusma; la supremacía del analfabeto sobre el hombre instruido; de los Saccones, Bidegain, Bard, Oyhanarte, sobre los apellidos de tradición culta, inteligente, instruida, moral, de abolengo...” (ETCHEPAREBORDA, Roberto: *Biografía Yrigoyen*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1983, p. 106).

¹⁷ “Anslinger, el interlocutor elegido y elogiado por Bard en su artículo, representa esta filosofía respecto de las políticas de drogas, primero de alcohol —durante su jefatura en una división de la Agencia de la Ley Seca—. Su figura, y el poder que le otorgó el gobierno federal, encarna lo que será la política internacional norteamericana a partir de ese momento y perfila la nueva y más lucrativa empresa capitalista: la lucha contra el narcotráfico. Anslinger es quien funda, en 1930, la red de inteligencia norteamericana orientada a controlar el comercio y tráfico de narcóticos en todo el mundo” (SÁNCHEZ ANTELO, ob. cit.). Con otra óptica se ha opinado que el objetivo de Bard no era penalizar el consumo sino su venta indebida y a tal fin especificaba la localización exacta de los vendedores, “evidenciando que los *dealers* porteños de antaño eran tan o más visibles que los actuales”, señalándose que el proyecto dedicaba un capítulo al consumo de hachís, “que hoy podría servir como ‘proclama’ para campañas pro despenalización”, en el que decía que “a dosis moderadas la embriaguez es muy agradable y muy instructiva por el justo conocimiento de los procesos intelectuales y no tiene inconvenientes serios”, tras lo cual pasaba a describir los efectos típicos de la

otros. Por eso la distinción popular entre jueces liberales y conservadores tan utilizada en Estados Unidos ha sido objeto de crítica por parte de Dworkin,¹⁸ dada su rigidez, ejemplificando con el caso del famoso juez Warren, conocido por su posición liberal en temas como los derechos constitucionales y la justicia económica, y al mismo tiempo tenía un enfoque conservador en lo referente a la pornografía.

En 1924, se modificaron los arts. 204 —suministro indebido de sustancias medicinales— y 205 del C.P., para reprimir también la venta, suministro y contrabando de alcaloides y narcóticos (ley 11.309), sin que se fijara expresamente la jurisdicción federal. Para entonces la policía porteña contaba con un gabinete de Toxicomanía dependiente de la División Moralidad, “en un claro mensaje institucional acerca de la filosofía con la que la fuerza de seguridad encaraba la problemática”.¹⁹ Continúan diciendo Federico y Ramírez que como esa ley se consideraba insuficiente, el mismo año se discute en el Senado una ampliación a propuesta del senador salteño Linares, compañero de bancada del ultraconservador dueño de ingenios, Robustiano Patrón Costas, que apuntaba a combatir la producción cocalera en su provincia para el coqueo “que constituye un vicio muy difundido en las clases obreras”, ya que “el criollo del Norte, al recibir de sus ascendientes la herencia de la sangre incásica, en mayor o menor proporción, ha heredado también sus tendencias ingénitas, sus gustos y costumbres”.²⁰ Agregan que la primera jurisprudencia sobre la ley 11.331 fue el caso “González” en el que se discutía la legitimidad de perseguir penalmente por consumo al imputado que fue detenido por tener 3 g de cocaína. En el pleno de la Cámara del Crimen de Buenos Aires (17/10/1930), la mayoría dijo que era inadmisibles la excusa del uso propio, ya que no era una razón legítima. Para la minoría de los jueces Ortiz

mariguana, tales como los accesos de risa, el oído más sutil, “solo la sequedad de boca mortifica ligeramente” (FEDERICO-RAMÍREZ: ob. cit., p. 75).

¹⁸ DWORKIN, Ronald: *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 252 y ss.

¹⁹ FEDERICO-RAMÍREZ: ob. cit., pp. 76/77.

²⁰ Citando el diario de sesiones del Congreso del 18/9/1924. Muy distinta fue la actitud de los legisladores del norte 65 años después, al debatirse la ley 23.737, cuando no solo rechazaron la prohibición de la tenencia de hojas para coqueo, sino que además acompañaron esa postura con gestos, como los de los diputados Paz que se mostraba a los medios mascando hojas de coca o Castiella que reivindicaba su hábito de coqueo.

de Rosas, Coll y Luna Olmos, si bien no era una razón legítima, la ley no se dirigía a quienes la poseían con ese destino exclusivo, porque de lo contrario implicaría una restricción a la libertad personal consagrada en el art. 19 de la C.N.: “Es tan sagrado este derecho, que se lo respeta aun en aquellas personas que atentan contra su propia vida...condenar a un toxicómano, por el hecho de serlo, significa lo mismo que castigar a un loco, por el hecho de que lo es. Hay que curarlo, no condenarlo”.²¹

En 1926 (ley 11.311) se impuso pena privativa de la libertad por la tenencia injustificada de drogas.

En 1925, se pacta en Ginebra el Convenio Internacional sobre el opio, como continuación del anterior de 1912 —con la pausa de la primera guerra mundial—, porque el tráfico clandestino seguía creciendo a gran escala, para lo cual fomenta la intensificación de las restricciones y controles e incorporando a la prohibición el llamado “cañamo de la india” y sus derivados, más conocido bajo su nombre mexicano, marihuana. Por la antigüedad del uso de esta planta, la variedad de fines que se le ha dado, y al ser la droga ilícita por lejos más consumida, bien vale detenernos con algunas precisiones al respecto.

La marihuana es una especie originaria de Asia central y desde tiempos remotos fue conocida, cultivada, explotada y propagada por los humanos a todo el mundo.²² Se ha señalado que tiene más de 5.000 años porque “así lo constatan vestigios de tela hecha de fibras de cannabis encontrados en China y Turkestán”, que de allí se extendió por la región; un milenio a.C. pasó a la India y medio oriente en la Mesopotamia; posteriormente a Grecia y Roma, y más adelante los árabes la introdujeron en España; así llegó a América “a través de Cristóbal Colón, que portaba en sus embarcaciones un estimado de cerca de 80 toneladas de velas y cuerdas hechas de cañamo” y en 1521 por Hernán Cortés que introdujo sativa e

²¹ Ídem, pp. 96/97, citando a TERRAGNI, Martín A.: *Régimen penal de los estupefacientes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, p. 163 —aunque puede tratarse de la obra de Marcos Antonio Terragni, titulada *Estupefacientes. Nuevo régimen penal*—. También puede consultarse, Fallos Plenarios de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Ministerio del Interior, DNRO, 1970, p. 62.

²² Algunos estudios se remontan al Neolítico —3500 a.C.— (SORIANO, Fernando: *Marihuana*, Planeta, Buenos Aires, 2017), y otros más atrás aún.

índica “para levantar la economía de la Nueva España”.²³ Sobre los diferentes usos “etnobotánicos” que le dio la humanidad, además de los medicinales, religiosos y recreativos, se han señalado los “alimentario-dietéticos, pienso y forraje, fabricación de hilos, tejidos y cuerdas, papel, insecticida, repelente de animales”.²⁴ Desde el punto de vista terminológico “la palabra mariguana —con “g”—, según el último dictado de la Real Academia Española— es el nombre con el que en México se le empezó a llamar a la planta que llegó con los españoles y a la que ellos llamaban “cañamo”, una derivación castellana de la palabra latina “cannabis”, y esta, a su vez, del persa “kannapu”, derivado de “kunubu”, que es la denominación de la planta encontrada en un papiro asirio de aproximadamente el año 685 a.C.”.²⁵ En el enfoque científico, una clasificación corriente divide el cannabis en 3 subespecies: a) *Sativa*: es la más usada con distintos propósitos (alta —5 m—); b) *Índica*: de la que se deriva el hachís (mediana —hasta 2 m—), y c) *Ruderalis*: contiene bajo niveles de cannabinoides y suele ser usada para hacer cruza (la más pequeña en tamaño —1 m—).²⁶ En base a bibliografía especializada se ha descripto que “la pri-

²³ Véase LEAL GALICIA, Perla, *et al.*: “Breve historia sobre la marihuana en Occidente”, *Revista de Neurología*, n° 67, 2018, pp. 133/140. Citan el diario “La Vanguardia” para indicar que por eso “se pueden observar hojas de marihuana en el monumento a Colón en Barcelona”. También LOZANO CÁMARA, Indalecio: “Cultivo y usos etnobotánicos del cañamo (cannabis sativa L.) en la ciencia árabe (siglos VIII-XVII)”, *Revista de Historia de la Medicina y de la Ciencia*, n° 69, Madrid, 2017, p. 197. En el escenario nacional, se ha expuesto que antes de la Revolución de Mayo, Belgrano proyectaba cultivarla en la pampa húmeda, obviamente no como estupefaciente, sino para “fabricar con su fibra telas para uso doméstico y aparejos para la navegación” (SORIANO: ob. cit., y también en *Infobae*, 20/6/2018).

²⁴ LOZANO CÁMARA: ob. cit., p. 197.

²⁵ Y “sobre la etimología hay al menos tres versiones: que es un híbrido del español y del náhuatl; que es una combinación de ‘María y Juana’ —como se llamaba a las soldaderas en la Revolución Mexicana—, y que es, en realidad, una traducción castellana de ‘mariguango’, palabra portuguesa que significa tóxico” (*Proceso.com.mx*, 16/5/2002, <https://www.proceso.com.mx/241878/diciomania-mariguana-palabra-universal-de-origen-mexicano>). Actualmente hay quienes diferencian “cañamo” de “marihuana”, refiriéndose a esta última como la que se cultiva específicamente para la producción de THC, el compuesto psicoactivo del estupefaciente (HempMeds, News, México, 7/3/2017, <https://hempmeds.mx/cual-es-la-diferencia-entre-el-canamo-y-la-marihuana/>).

²⁶ GOULD, Julie: “The cannabis crop”, *Nature-International Journal of Science*, vol. 525, 23/9/2015, pp. 2/3.

mera tiene altas cantidades de tetrahidrocannabinol (THC), tiene efecto estimulante y se ha utilizado contra la depresión, la fatiga y los trastornos del ánimo en general”. En tanto que la segunda, con concentraciones equilibradas de cannabinoides como el THC y el cannabidiol (CBD), “tiene efectos sedativos y relajantes y se ha usado contra la ansiedad, el insomnio, el dolor y los espasmos musculares. La tercera es baja en THC y alta en CBD, un compuesto no psicoactivo, por lo que se la ha considerado candidata para la producción de medicamentos sin los efectos colaterales de las dos anteriores”.²⁷

Retomando la cronología de la prohibición de ciertas sustancias, en 1931, bajo el protagonismo de Estados Unidos se realiza en Ginebra la Convención Internacional para limitar la manufactura y regular la distribución de estupefacientes.²⁸

²⁷ Leal Galicia, *et al.*: ob. cit., pp. 133/134 (citan los estudios de BEUTLER, John A.; MARDEROSIAN, Ara H.: “Chemotaxonomy of cannabis. I. Crossbreeding between cannabis sativa and C. ruderalis, with analysis of cannabinoid content”, *Econ Botany*, vol. 32, 1978, pp. 387-94; SCHLUTTENHOFER, Craig, y YUAN, Ling: “Challenges towards revitalizing hemp: a multifaceted crop”, *Trends Plant Sci*, vol. 22, 2017, pp. 917-29). De todas formas, hay que señalar que la selección, hibridación por cruce y manipulación química y genética, han generado una innumerable variedad de cannabis, por lo cual es prácticamente imposible encontrar la planta en su formato histórico, a punto tal que el porcentaje de THC fue en considerable aumento, elevando así los peligros del consumo. Un documental de Netflix ilustra en pocos minutos sobre este fenómeno (“Hierba. En pocas palabras”, temporada 1, capítulo 9), que ha perseguido distintos fines: aumento o selección del efecto narcótico, mayor consumo y producción, adaptación a climas, terrenos y ambientes, medicinales o farmacológicos, e inclusive otros menos publicitados (p. ej., reducir el tamaño de las plantas para que no sean detectadas en vuelos de investigación).

²⁸ “Será la Liga de las Naciones a través de un comité de expertos, apoyado y conformado por delegados norteamericanos, quien asesore a los países y supervise el cumplimiento de estos” (véase SÁNCHEZ ANTELO: ob. cit.). La autora, cita a Aureano, quien sostiene que si bien Argentina adopta los acuerdos internacionales, no tiene una participación activa, a punto tal que por la “falta de urgencia” en ratificar estos compromisos, recién en 1947, a través de la ley 12.912, revalida el convenio de La Haya junto con los de Ginebra de 1925 y 1931. Las explicaciones que encuentra Aureano están en la dificultad de las organizaciones internacionales para convencer a los países con mayor oposición a estas regulaciones y la posición marginal de nuestro país en la producción y tráfico de sustancias, circunstancias “muy marcadas en el comienzo del siglo XX, demuestran que las leyes sobre drogas giraron más en torno a razones de política interna que a una presión internacional”.

Así como Bard fue el primer legislador que impulsó lo que sería la ley 11.331 en la década del 20, en la siguiente fue el diputado Juan Cafferata al proponer en 1934 otra modificación al art. 204, que fijaba penas de 2 a 10 años para el tráfico, bajo los siguientes fundamentos: “al abuso de alcohol —que en nuestro país constituye un peligro nacional y una calamidad social causante del 90% de los hechos criminales y el 50% de las enfermedades de las personas que se asisten en nosocomios— ha venido a sumarse en los últimos tiempos el de los alcaloides y estupefacientes en grado tal que la psicopatología social contemporánea ha debido incorporarlo definitivamente al cuadro de los flagelos modernos como factor que conspira contra el vigor de la raza y contra el porvenir de los pueblos. La toxicomanía hace presa fácil a los tarados o débiles de espíritu, se difunde en los medios de gente disipada y en los jóvenes que toman contrato con ambientes malsanos, donde el afán proselitista del toxicómano se ingenia para hacerlos renunciar a las nobles aspiraciones de la juventud y del sexo. La difusión de las drogas ha asumido en los países graves caracteres: el snobismo, la moda, los paraísos artificiales son la copa dorada que encierra en el fondo el veneno que agota la juventud, provocando la multiplicación de cuadros trágicos donde en primer plano padecen el hogar desolado, la esposa sacrificada y luego los hijos idiotas, la degeneración de la raza del futuro. Por eso los médicos, las autoridades sanitarias, la prensa reclaman sanciones a los traficantes de venenos.”²⁹

4. El período de la postguerra

Hasta la segunda guerra mundial la nación más reticente a cualquier intervención en el mercado de los opiáceos era Alemania, que controlaba gran parte del comercio del opio y cuyo principal laboratorio Bayer elaboraba heroína en seis países, incluso el régimen nazi en 1934 declaró secreto de estado “para proteger la industria nacional” todo lo relacionado con este comercio que para la comunidad internacional debía ser proscrito.³⁰

²⁹ FEDERICO-RAMÍREZ: ob. cit., p. 99.

³⁰ Ídem, pp. 111/112. Agregan que el mismísimo Hitler fue un politoxicómano que durante los años finales de la guerra consumió cocaína, morfina, amfetamina y barbitúricos; y citando a Escotado (*Historia general de las drogas*, 2007,

En el ámbito de Estados Unidos fue cobrando fuerza el paradigma prohibicionista. Se ha descripto como las consideraciones religiosas fueron muy influyentes a la hora de generar un clima propicio a la mayor firmeza frente al narcotráfico; expresadas a través de la participación en las comisiones internacionales para combatir el comercio de drogas del obispo episcopaliano Charles Brent, que había sido capellán de las fuerzas armadas de su país en la primera guerra internacional.³¹ La segunda guerra mundial distrajo la atención mundial sobre las drogas, pero tras su culminación retomó con fuerza. En 1948 toman el control de la Comisión de Estupefacientes de la ONU los delegados prohibicionistas de Estados Unidos y Canadá, quedando a cargo del sistema de fiscalización de las drogas, de marcado carácter punitivo, desplazando a la OMS (salud) y Unesco (enfoque social). De esta manera los Estados son representados por especialistas en seguridad y no por médicos, sociólogos, educadores, psicólogos ni sanitaristas, imponiéndose el criterio de las potencias farmacológicas.

La aludida Comisión impulsa la Convención única de 1961, que se dirige a reprimir globalmente, y de manera primordial, la marihuana, la cocaína y el opio, tanto la tenencia como el tráfico, incluyendo los precursores y el lavado de dinero. En el preámbulo dice que las partes preocupadas por la salud física y moral de la humanidad, reconocen que la toxicomanía constituye un mal

p. 119), que los kamikazes japoneses volaban literalmente embalsamados en metanfetamina, y tampoco los aliados “le hacían asco a las anfetanas”, lo que generó graves problemas de salud mental después de la guerra (p. 119). Müller Sienna y Draper también brindan datos sobre el uso farmacéutico, al referir que desde que el químico inglés Alder Wright combinó morfina y ácidos en 1874 y sintetizó la heroína, dos décadas más tarde Bayer la vendía como remedio para la tos; y que Merck, la farmacéutica más antigua del mundo, manejó el mercado mundial de la cocaína desde 1862. También que en Francia se dictó la primera ley contra el cannabis, tras la introducción que hicieron los soldados del hachís que consumían en su campaña en Egipto y que Napoleón temía de que la embriaguez les redujera el espíritu combativo a las tropas (MÜLLER SIENNA-DRAPER: ob. cit., pp. 32 y 33).

³¹ TOKATLIAN, Juan G.: *Qué hacer con las drogas*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2017, p. 17. Observa el autor que la mayoría de los gobiernos que participaron en las convenciones internacionales antidrogas del siglo pasado, no eran democracias (p. 18); y que a nivel de encuestas actuales muestran diferencias de criterios en orden al credo de cada persona. Por ejemplo, en Utah donde hay un 60% de mormones, la mayoría de ellos se opone a la legalización, sin que ocurra lo mismo con la comunidad católica y protestante que muestran una mayor apertura hacia la permisión de la marihuana (p. 23).

grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad, reconocen que el uso médico de las drogas es indispensable para mitigar el dolor, considerando que debe garantizarse la disponibilidad.

La invocación de una cuestión sanitaria nacional o internacional, unida a la adopción de esta convención, habilitaba la jurisdicción federal, porque ya se trata de la aplicación del derecho interno de cuestiones regidas por tratados internacionales (C.N., art. 116).

La reforma al Código Penal que se introdujo en 1967 durante el gobierno de facto de Onganía (ley 17.567) tuvo la curiosidad de despenalizar la tenencia para consumo personal, lo que sucedió por la influencia de las ideas de Sebastián Soler, uno de sus autores,³² al tipificar al que sin estar autorizado, tuviere en su poder cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal (art. 204 inc. 3°).

5. El paradigma de la seguridad nacional y la “guerra contra las drogas”

En los años sesenta, el consumo de drogas fue en ascenso y constituía, como cultura, moda, símbolo o bandera, parte de los movimientos pacifistas, hippies y la vanguardia artística en América y Europa. Principalmente la marihuana vista como “pipa de la paz” y el ácido lisérgico, símbolo de la “sicodelia”, fueron íconos de la contracultura de la época que tuvo un reflejo en las costumbres, el arte y la música, que aún perdura. Las pinturas y canciones rindiendo culto a esas y otras drogas no han dejado de proliferar desde entonces. Valga como ejemplo el tema “El tío Alberto en el día de la bicicleta” del Indio Solari, en obvia alusión a Albert Ho-

³² Esta ley dio vigencia al proyecto de reformas elaborado por la comisión integrado por Soler, Fontán Balestra y Aguirre Obarrio, que introdujo varias de las ideas plasmadas por el primero en el proyecto de 1960 (SIERRA, Hugo M., y CANTARO, Alejandro: *Lecciones de derecho penal. Parte General*, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2005, p. 383). Precisamente Sebastián Soler, comentando el inc. 3° del art. 204 del C.P. de esa ley 17.567 opinaba que “la tenencia para uso personal no debe ser alcanzada, porque no es punible la autolesión, para la cual la tenencia de tóxico constituiría un acto preparatorio... castigar al tenedor en tales casos constituye una forma velada de castigar un vicio, procedimiento contra el cual se levanta la autoridad médica unánime” (JARAMILLO RESTREPO, Carlos A.: *Comentarios al estatuto nacional de estupefacientes*, Temis, Bogotá, 1988, p. 100).

fmann, el químico suizo que aisló el LSD en 1943 cuando experimentaba para la industria farmacéutica y al probarlo experimentó alucinaciones (vio imágenes fantásticas, intensos colores de tipo caleidoscopio), mareos y cierto malestar, que terminaron cuando terminó “el viaje” al regresar en bicicleta a su casa en Basilea. Por eso muchos atribuyen que por ese día —el 19 de abril— se celebra el “Día mundial de la bicicleta”).

Pero a comienzos de la década de los años 70, fue gestándose una agresiva reacción de signo opuesto; con la “revolución conservadora” inaugurada por Nixon³³ cobró fuerza en Estados Unidos la doctrina de las “guerras contra las drogas”, fenómeno que tuvo su pico durante la “era Reagan” incluyendo el gobierno también republicano de Bush.

Esta concepción y su consecuente estrategia, se proyectaron sobre distintas facetas que iban desde la intervención directa de las fuerzas armadas, tanto nacional como extranjera, la erradicación, fumigación y quema de cultivos de marihuana y coca con apoyo, control y métodos militares, el notorio endurecimiento del sistema penal de persecución y represión de traficantes, la criminalización de los consumidores, la prohibición de la investigación con fines medicinales de ciertas drogas, encarcelamiento de los preconizadores aún del ámbito científico. Sobre este último punto es representativa la historia de Timothy Leary, el doctor en psicología que en los años 60 planteaba el uso de alucinógenos en el tratamiento de trastornos mentales y de la personalidad. Difusor de sus teorías como docente y conferencista en las grandes universidades norteamericanas (Berkeley, Harvard, entre otras), y en muchos libros, tuvo una vida de película signada por sus conflictos con la ley, a punto tal que Nixon llegó a calificarlo como “el hombre más peligroso de Norteamérica”.

“Desde que Nancy Reagan encabezó la campaña de Zero Tolerance muchas prácticas y situaciones sociales consideradas aberrantes pasaron a ser explicadas a partir del consumo de drogas.

³³ Describen Müller Sienra y Draper episodios bien demostrativos del cambio: en 1964 en Nueva York Bob Dylan compartió un porro con los Beatles, y en plena beatlemania la banda adoptó ese hábito que se transformó en un ícono de los movimientos culturales de los sesenta. Pocos años después Nixon sostenía que las drogas eran parte de una conspiración comunista para diezmar a la sociedad estadounidense y, entre otras medidas, impuso al gobierno mexicano las operaciones intercept y condor para destruir cultivos (ob. cit., pp. 42/44).

Las siguientes afirmaciones constituyen un ejemplo de estas ideas ofrecidas por líderes de la ‘guerra contra las drogas’: el coqueo causa debilidad mental; la marihuana conduce a la homosexualidad; todos los adictos a las drogas son ‘inherentemente peligrosos’ y, por lo tanto, ellos no son acreedores a la ‘fianza razonable’ en juicios criminales en los Estados Unidos”.³⁴

La relación de este discurso con la criminalización de los consumidores y la adopción de duras penas sin distinción de categoría de narcotraficante, es directa. En este sentido se ha señalado que “las convenciones de las Naciones Unidas en materia de estupefacientes son un ejemplo clave, ya que están redactadas en términos que subrayan la gravedad del problema mundial de las drogas y, de ese modo, conducen a justificar que se impongan penas de una dureza desproporcionada por delitos relacionados con drogas. El preámbulo de la Convención Única de 1961, por ejemplo, sostiene que “la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad...”, tal como se desprende del art. 24 de la Convención de 1988: “Las Partes podrán adoptar medidas más estrictas o rigurosas que las previstas en la presente Convención si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias para prevenir o eliminar el tráfico ilícito”.³⁵

³⁴ MALAMUD GOTI, Jaime: “El poder desarticulante y los discursos de emergencia: el caso de la guerra contra las drogas”, en *Pena y Estado*, Año 3, n° 3, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 130. La política de guerra contra las drogas también impulsó la intervención de las fuerzas armadas en una suerte de militarización del conflicto —fenómeno que en cierta forma persistió aun bajo gobiernos demócratas como el de Obama y dio origen a la “narcodiplomacia”, “entendida como un tipo de relación en la que el actor más poderoso e influyente (los Estados Unidos) logra exportar su concepción a naciones más débiles o subordinadas”—. En este orden en 1989 el secretario de Defensa Richard Cheney anunció que el combate contra las drogas pasaba a ser una misión de seguridad prioritaria para el Pentágono que implicaba que las fuerzas militares asumieran el liderazgo en tareas de detección y monitoreo del tráfico hacia ese país desde el exterior como de apoyo a la DEA, justificando tres meses después la invasión a Panamá como parte de la “Operación Just Cause” que derrocó y capturó al presidente de facto Noriega, trasladándolo a Estados Unidos para juzgarlo por narcotráfico (TOKATLIAN: ob. cit., pp. 19 y 51). Aclara que durante la presidencia de Carter hubo un breve freno al espíritu guerrero y que Clinton promovió la denominada “*kingpin strategy*” consistente en descabezar a los principales líderes de Colombia y países de la región (pp. 48 y 74).

³⁵ LAI, Gloria: “Drogas, crimen y castigo. Proporcionalidad de las penas por delitos de drogas”, *TI-IDPC*, 2012.

En 1974 se sancionó la ley de estupefacientes 20.771, que expresamente declara la jurisdicción federal, razón por la cual hay autores que fijan en este cuerpo normativo el origen legislativo de la competencia de excepción.³⁶ Si se repara en la concepción de la problemática que enmarcó esa normativa, se comprenderá fácilmente la razón de ser de la jurisdicción federal. No solo el contexto internacional. Internamente esta ley había sido gestada desde el Ministerio de Bienestar Social en 1974, a cargo de José López Rega, y en sus fundamentos decía que el tráfico ilegal de estupefacientes debía ser perseguido y reprimido hasta la aniquilación, indicándolo como atentatorios a la “seguridad nacional” y justificando la necesidad de su sanción como “un imperativo de la defensa nacional”.³⁷

³⁶ La Corte había defendido la “federalidad” del asunto basada en que “la materia a que se refiere la ley 20.771 fue objeto de tratamiento por la Convención Única sobre Estupefacientes celebrada en 1961, ratificada mediante el dec. ley 7672/63 (ley 16.478), habiéndose dictado con posterioridad el dec. ley 17.818/68. Por ello, no es posible afirmar que el legislador nacional se haya apartado de sus legítimas atribuciones cuando consagró en el art. 11 de la ley 20.771, la competencia federal para el juzgamiento de los delitos previstos en ese cuerpo legal” (CSJN, “Aruedy Jarjura, Juan”, *Fallos*, 292:534, cit. por TAZZA, Alejandro O.: “La nueva ley de desfederalización del comercio de drogas en la República Argentina”, *ADLA*, 2006-B-2335).

³⁷ Aún así hubo alguna controversia sobre la jurisdicción. Comenta Rodríguez que la Cámara Federal de Córdoba estuvo a la vanguardia contra la ampliación de la intervención de la justicia federal en todo cuanto comprendía la materia de estupefacientes, alegando que significaba avasallar los límites que la Constitución imponía en su art. 100 (“Palazzo, Ricardo, CFAC, 2/4/1975, publicado en *JA*, serie contemporánea, t. 27, p. 572), con el aval dogmático de Ricardo Núñez, quien sostenía: “...la seguridad de la Nación se lesiona por actos que importen un daño o un peligro para la incolumidad de sus instituciones o de su orden social. No se lesiona en cambio, aunque se lesiona la incolumidad física o moral de los habitantes del país, como sucede cuando se atenta contra sus vidas o su salud mediante la comisión de delitos contra las personas o contra la salud pública” (NÚÑEZ, Ricardo: *Tratado de derecho penal*, tomo actualización, Lerner, Córdoba, 1979, pp. 69 y ss.). En contra se expidió la Cámara Federal porteña, aludiendo que la dimensión del problema de los estupefacientes compromete intereses vitales del país en áreas de defensa y seguridad interna, destacando que el tráfico de alcaloides, al desarrollarse en forma interjurisdiccional resulta de imprescindible intervención de la jurisdicción federal (CNF, Sala Crim. y Corr., 30/4/1975 “Lescano *JA*, serie contemporánea, t. 27, p. 256). Ilustra el autor citado que los antagonismos fueron dirimidos por la Corte Suprema en el marco de un conflicto negativo de competencia originado en Córdoba (caso “Juan Aruedy Jarjura”), reproduciendo el hilo argumental del entonces Procurador General Enrique Petracchi, que en su dictamen recordó el mensaje del Poder

No es menor la concepción de aquella época, bajo la cual se aplicaba esta normativa. La Corte Suprema, en el fallo “Colavini” de 1978,³⁸ un caso seguido a una persona que tenía dos cigarrillos de marihuana, destacaba que “tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que azulean a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización”.

En 1984, en la Convención de Quito, el Secretario General de la OEA Javier Pérez de Cuellar alertaba que los narcóticos crean un infierno en la tierra, alimentan la corrupción y pueden amenazar la independencia de los Estados.

6. Entre la salud y la seguridad pública global

En 1988 se sancionó en Viena la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas por la cual los Estados suscriptores se comprometieron a establecer como delito la posesión, compra o cultivo de drogas controladas para consumo personal, no medicinal, bajo reserva de que esto vaya en contra de principios constitucionales y de los conceptos básicos de sus sistemas legales. La convención tenía como fundamento el reconocimiento y la preocupación de la comunidad mundial por “la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos” y por “los vínculos

Ejecutivo mediante el cual se remitió el proyecto de ley al Congreso propiciando la competencia federal dada la existencia de conductas atentatorias contra la seguridad nacional, a cuyo efecto consideró imperativo la defensa nacional y la preservación del individuo en todos los aspectos concernientes a su interrelación social (RODRÍGUEZ, Walter A.: “A 10 años de la desfederalización”, *Infojus DACF*150192, Buenos Aires, 6/3/2015).

³⁸ *Fallos*, 300:254, reiterado en “Valerio” de 1981, 303:1215.

que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados” y en la conciencia de que “el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles”. Es decir, si bien el fenómeno amenaza la soberanía, el eje central está dado en la afectación a la salud pública y la criminalidad que causa.

En 1989, al comienzo de la presidencia de Menem, ley 20.771 fue sustituida por la actual 23.737, manteniendo la jurisdicción federal (art. 34), por la complejidad del fenómeno de la delincuencia organizada y las ramificaciones que trascienden las fronteras jurisdiccionales o nacionales, que frecuentemente tienen capacidad para vulnerar el tejido institucional o para afectar la salud pública. A tono con la convención de 1988 y el discurso de la guerra contra las drogas, se retomó la penalización de los consumidores (que poco tiempo antes había sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema), aumentaron las penas en general y crearon nuevas figuras. El paradigma que inspiró la ley 23.737 se extendió durante los años noventa, acompañando la política de “relaciones carnales” con Estados Unidos, extendiéndose hasta los primeros años de la década siguiente, cuando ese sistema de valores entró en crisis.

7. El enfoque sanitario, social y de seguridad pública

Los estudios y avances en el conocimiento del cerebro de la mano de las neurociencias han sido la estrella de las últimas décadas en áreas muy distintas del conocimiento. No escapó a este fenómeno el problema del consumo adictivo de estupefacientes. Se ha descifrado como opera en la mente la conducta de la persona que abusa de su uso. Así, se parte de la base general de que el cerebro está programado para que repitamos mecánicamente las actividades vitales asociadas con el placer o la recompensa, lo que sucede principalmente a través de la dopamina (neurotransmisor presente en las zonas que regulan el movimiento, la emoción, la motivación y los sentimientos placenteros). “Debido a que las drogas adictivas estimulan el mismo circuito, aprendemos a abu-

sar de las drogas de la misma manera... algunas drogas adictivas, pueden liberar de 2 a 10 veces más la cantidad de dopamina que las recompensas naturales, como comer y tener sexo. En algunos casos, esto ocurre casi de inmediato (como cuando las drogas se fuman o se inyectan), y los efectos pueden durar mucho más”, por lo que sus efectos son gigantescos en comparación con los naturales; de allí que “el efecto de una recompensa tan poderosa motiva fuertemente a la gente a consumir drogas una y otra vez. Por este motivo, los científicos a veces dicen que el abuso de drogas es algo que aprendemos a hacer muy, muy bien”.³⁹ De esta manera, se produce un fenómeno que afecta la voluntad del que se droga, en todas sus facetas (discernimiento, intención y libertad). Precisamente, como reconoce un informe de la OEA fundado en estudios, “la dependencia se caracteriza por el uso compulsivo de drogas a pesar de las consecuencias negativas asociadas con su empleo. Este comportamiento fue tradicionalmente considerado como una “mala decisión” que el sujeto adicto toma en forma voluntaria. Sin embargo gracias al avance en el conocimiento de la neurobiología de las adicciones ahora se sabe que el consumo repetido de drogas se sigue de cambios persistentes en el funcionamiento del sistema nervioso central”.⁴⁰

³⁹ NIH, National Institute on drug abuse, “Las drogas, el cerebro y el comportamiento: La ciencia de la adicción”, noviembre 2014. Se agrega que “para el cerebro, la diferencia entre las recompensas normales y las recompensas producidas por las drogas se puede describir como la diferencia entre alguien que susurra al oído y alguien que grita con un micrófono. Así como rechazamos el volumen demasiado alto de una radio, el cerebro se ajusta a las oleadas abrumadoras de dopamina (y otros neurotransmisores), produciendo menos dopamina o disminuyendo el número de receptores que pueden recibir señales. Como resultado, el impacto de la dopamina sobre el circuito de recompensas del cerebro de una persona que abusa de las drogas puede llegar a ser anormalmente bajo, y se reduce la capacidad de esa persona de experimentar cualquier tipo de placer. Así, una persona que abusa de las drogas eventualmente se siente aplacada, sin vida y deprimida, y es incapaz de disfrutar de las cosas que antes le resultaban placenteras. Ahora, la persona necesita seguir consumiendo drogas una y otra vez solo para tratar de que la función de la dopamina regrese a la normalidad—, lo cual solo empeora el problema, como un círculo vicioso. Además, la persona a menudo tendrá que consumir cantidades mayores de la droga para conseguir el efecto deseado y que le es familiar que resulta, un fenómeno de la dopamina alta, conocido como tolerancia”.

⁴⁰ INSULZA, José Miguel (Secr. Gral.): *El problema de las drogas en las Américas*, OEA, 2013. Agrega que además del aumento de la dopamina en el núcleo *accumbens* del cerebro (probablemente el centro del placer más importante),

Todo esto no hace más que confirmar que tratar al adicto como a un delincuente es errado, inhumano e inútil. Como alerta el informe de la OEA sobre las drogas del 2013, “en algunas ocasiones los esfuerzos para controlar las drogas han sido asociados a violaciones de los derechos humanos y de libertades individuales. En el caso de los consumidores, problemas como el hacinamiento carcelario y el tratamiento obligatorio pueden ejercer presiones indebidas sobre los derechos humanos. En la medida que el consumo de drogas está penalizado o estigmatizado, las poblaciones más vulnerables al consumo problemático se ven inhibidas de recurrir a la información oportuna, a los servicios de salud pública y, en general, a los programas de prevención y tratamiento. La prohibición oscurece la realidad de la drogodependencia de cara a la comunidad y a los servicios correspondientes, en lugar de hacerla más transparente y, con ello, susceptible de abordaje oportuno para evitar mayor deterioro personal, familiar y comunitario... las representaciones sociales tienden a considerar al usuario problemático de drogas como una suerte de “minusválido” o de “desviado” social, generalmente asociado a delincuencia, violencia, peligrosidad y amenaza para la sociedad. Por ello el usuario problemático de drogas es excluido de los espacios cotidianos, de los espacios socio-afectivos, de los espacios de integración social y, en múltiples ocasiones, incluso de los mismos programas de tratamiento para su propia dependencia”.

Al concluirse científicamente que “la adicción es una enfermedad del cerebro”, la discusión en torno a su tratamiento eficaz se traslada al ámbito sanitario.⁴¹ Es lógico, el adicto deja de ser considerado un “vago”, un “inmoral”, un “subversivo”, un “criminal”, etc., para pasar a ser lo que en verdad es. Históricamente la ciencia ha tenido un rol importante en el derribo de prejuicios, estereotipos, miedos y supersticiones.

también hay áreas y circuitos vinculados con la capacidad de evaluar riesgos e inhibir conductas potencialmente perjudiciales, y las imágenes cerebrales muestran que los sujetos con dependencia a sustancias psicoactivas presentan una disfunción en aquellas regiones “críticas para la toma de decisiones, el aprendizaje, la memoria y el control de la conducta”.

⁴¹ NIH, “La investigación muestra que la combinación de medicamentos para el tratamiento (cuando corresponda) con la terapia conductual es la mejor manera de garantizar el éxito en la mayoría de los pacientes” (NIH, “Principios de tratamientos para la drogadicción: Una guía basada en las investigaciones”, julio 2010).

Si bien se han opuesto reparos convencionales a los intentos de despenalización por vía normativa, lo cierto es que existen argumentos que los relativizan.⁴²

Se ha expuesto que cuando en Estados Unidos las drogas se extendieron a los jóvenes de clase media y alta, los padres ricos e influyentes en la política y las leyes comenzaron a presionar para cambiar las consideraciones jurídicas sobre consumidores y evitar así que sus hijos cayeran presos y el pequeño traficante, reclutado en barrios bajos, era considerado por la justicia estadounidense el incitador al consumo, “el chacal” que atentaba contra los hijos de buenas familias.⁴³

Con este cuadro de situación y el fracaso de la política de la “guerra contra las drogas”⁴⁴ se abrió el paso a un cambio de paradigma, que podría traducirse simplícidamente en una resignación a convivir con los estupefacientes de manera condicionada.⁴⁵

⁴² “Los objetivos declarados de las convenciones de drogas de la ONU son garantizar la salud y el bienestar de la humanidad, restringiendo el uso no médico de sustancias fiscalizadas y, al mismo tiempo, garantizar su disponibilidad con fines médicos. Las convenciones no exigen que se criminalice el uso de drogas y contemplan una flexibilidad explícita y notable para que se eviten los castigos por delitos relacionados con el consumo personal, lo cual incluiría, entre otras cosas, la posesión, la compra y el cultivo” (LAI: ob. cit.). En tanto que el informe de la JIFE (ONU, Nueva York, 2016) dice que “los Estados partes en los tratados tienen cierta flexibilidad para interpretarlos y aplicarlos, dentro de los límites que ellos mismos establecieron y acordaron durante las negociaciones previas. Los tratados prevén alternativas a las medidas de castigo: no exigen que se encarcele a los usuarios de drogas por usar drogas o cometer faltas. En lugar de sentencias condenatorias u otras acciones punitivas, o como complemento a ellas, los Estados pueden adoptar medidas de prevención del uso indebido de drogas y de educación, detección precoz, tratamiento, postratamiento, rehabilitación y reinserción social de las personas afectadas”.

⁴³ FEDERICO-RAMÍREZ: ob. cit., pp. 167/168. Agregan que “La transición entre los dos discursos dominantes hizo que el jurídico (penal) se quede con el traficante pobre y el sanitario con el consumidor rico”.

⁴⁴ Tokatlian cita estadísticas de la ONU y la DEA que indican que aumentó el número mundial de consumidores (246 millones), de los cuales una mínima parte son problemáticos; aumentó el nivel de producción, incluyendo al opio; se perdieron extensiones de bosque nativo; aumentó el THC de la marihuana; y las ganancias de los grandes carteles; y se esfumaron las divisiones entre países productores, consumidores y de tránsito; fracaso que ha dado lugar al cambio de clima en las políticas sobre la materia, propiciado por un abanico muy heterogéneo de voces —conservadores, liberales, progresistas— y publicaciones reconocidas —The Economist, Time— (ob. cit., pp. 31, 32, 36, 37 y 41).

⁴⁵ “No es posible erradicar el narcotráfico: es una meta inalcanzable. Una sociedad totalmente abstemia es una ilusión muy costosa, primero en términos de vida

Recuerdo de chico la imagen de un afiche publicitario que había en la casa de mis primas, donde se veía a un niño con el estilo de moda en la década del 70 (corte taza remera a rayas) intentando atarse los cordones de las zapatillas, con una leyenda que decía “No se puede pactar con las dificultades, o las vencemos o nos vencen”, lo cual trataba de entender. La frase me quedó grabada, y con el tiempo comprendí que en la vida muchas veces terminamos pactando con las dificultades que no podemos vencer. Así como el paciente crónico de una enfermedad incurable se acostumbra a sobrellevarla con la medicación y el tratamiento; o el vecino que acepta a regañadientes convivir con el de al lado que no soporta; en materia de drogas, occidente parece estar llegando a un acuerdo con la adversidad: como se reconoce que no se las pudo vencer, se empieza a discutir hasta donde tolerarlas. Esta suerte de resignación no es sinónimo de rendición ni de desentenderse del problema y “sálvese quien pueda”. Por el contrario, se basa en la idea de ocuparse de la cuestión e intervenir activamente para reducir o minimizar daños desde una posición diferente y alejada de las recetas punitivas aplicables para todo caso.

En la década del 2000, en medio de la combinación del fracaso de la cruzada punitiva a los consumidores, los nuevos descubrimientos y la violencia generada por el narcotráfico, fue tomando fuerza una nueva concepción, que se consolidó con el documento “Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma” elaborado en 2009 luego de varios años de estudios por una comisión latinoamericana integrada por notables. Estadistas como Fernando Henrique Cardoso, de Brasil; César Gaviria, de Colombia, y Ernesto Zedillo, de México; y personalidades entre los que se destacaban Mario Vargas Llosa y Tomás Eloy Martínez, consolidaron con lustre una tendencia que venía verificándose (dos años después se pronunció en similar sentido la Comisión Global de Políticas de Drogas, integrada también por varios de los nombrados, el ex Se-

y después en términos económicos. Pensar en la contención o reducción del fenómeno ya implicaría un cambio muy relevante. Las mejores políticas anti-drogas poco tienen que ver con las drogas: salud, control de armas, derechos humanos, empleo, inserción laboral. Y por último, no pensar en clave electoral sino en mediano y largo plazo con metas relativamente alcanzables y con un cambio en la ecuación de presupuesto: mucho más en la prevención que en la represión” (TOKATLIAN, Juan G.: “Entrevista de Diego Genoud”, 30/4/2018, <http://www.lapoliticaonline.com/nota/112681/>).

cretario General de la ONU Kofi Annan, el ex Secretario de Estado norteamericano George Shultz, el ex presidente la Reserva Federal Paul Volcker, el ex Primer Ministro griego Papandreu, Javier Solana de la U.E., la ex presidenta suiza Ruth Dreifuss, entre otros). En aquel documento parten de reconocer la ineficacia de las políticas anteriores y dividen el abordaje de la problemática en tres franjas: consumidores, microvendedores y narcotraficantes. Destacan que “a pesar de que los niveles de aprehensión, tanto en los países exportadores como en los importadores, hayan presentado aumentos considerables, ellos no afectaron a la oferta final ni aun al precio del consumidor. Por el contrario, el precio de la cocaína presenta una tendencia dominante de caída, en tanto el producto aumenta su grado promedio de pureza”. Además, observan que en el negocio de la droga, los beneficios para el crimen organizado se reparten de manera desigual. El informe propicia una nueva estrategia política y policial producto de un amplio debate social de todas las fuerzas sociales del continente, reclamando un nuevo enfoque, desplazando el énfasis en la represión de los consumidores hacia una política sanitaria y educativa. A tal fin recomendaron la despenalización de la tenencia de estupefacientes, particularmente de la marihuana, conscientes de que “las propuestas presentadas en esta Declaración configuran un cambio profundo de paradigma en la comprensión y enfrentamiento del problema de las drogas en América latina”. Precisamente ese mismo año la Corte Suprema argentina, en el caso “Arriola” declaró la inconstitucionalidad de la represión de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en escasas cantidades que no trascienden del ámbito de intimidad. Ya por aquel entonces el Parlamento Europeo había reconocido que el estado de situación evidenciaba “de forma inequívoca, que las estrategias adoptadas hasta ahora no han dado resultados positivos”.⁴⁶

Esta concepción sigue en evolución pero de manera despareja y con vaivenes.⁴⁷ El prefacio del Informe 2015 de la JIFE (ONU,

⁴⁶ Parlamento Europeo, debate sobre el informe A6-0067/2004, Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior.

⁴⁷ Describe Tokatlian que en Australia el primer ministro conservador John Howard (1996-2007) cambió la política de reducción de daños (“*harm minimization*”) por la de “duro frente a las drogas” (“*tough on drugs*”); desde 2003 Rusia sostuvo posturas de mano dura; en 2000 los países del sureste asiático hicieron acuerdos de endurecimiento y el comité central del Partido Comunista de China, bajo la presidencia de Hu Jintao, anunció el comienzo de la “guerra del pueblo contra

Nueva York, 2016), expresa que el sistema de fiscalización de drogas es un sistema equilibrado, que apunta a mejorar la salud y el bienestar públicos, sobre la base de los principios de proporcionalidad, responsabilidad colectiva y cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos, otorgar más prioridad a la prevención, el tratamiento, la rehabilitación y la reducción de las consecuencias negativas del uso indebido de drogas, reiterando que la salud y el bienestar son los objetivos fundamentales de los tratados de fiscalización internacional de drogas. Y en 2017 el organismo notificó a la cancillería argentina la recomendación sobre la despenalización de la tenencia con fines de consumo. En el año 2016 hubo una sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas para debatir el abordaje sanitario y la lucha contra el narcotráfico. De acuerdo a lo informado,⁴⁸ durante las reuniones, la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social presentó un proyecto denominado “Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas”, formulando una serie de recomendaciones orientadas a resolver el “conflicto global de la droga desde el ámbito social, económico, de la salud, de los derechos humanos, de la Justicia y de la seguridad pública”. El proyecto sugirió medidas que “se orienten a la prevención y reducción de la demanda de drogas, y al tratamiento de los trastornos ocasionados por su consumo (...) el diseño de campañas de prevención temprana y promoción de estilos de vida saludables, que deberían difundirse mediante el uso de Internet y medios sociales, en los lugares de trabajo y en los establecimientos educativos de todos los niveles”. En cuanto al tratamiento de las personas afectadas, el documento indicó “la formulación de programas de atención y rehabilitación eficaces que propendan a su reinserción social y laboral, prevengan la marginación social y promuevan actitudes no estigmatizantes”. También abordó desde este punto de vista la problemática de los sectores más vulnerables, resaltando “la necesidad de protección de las mujeres y niñas explotadas como mulas o correos para el

las drogas” (*Qué hacer con las drogas*, cit., pp. 27 y 28). Agrega que a pesar de las violaciones a los derechos humanos en ese contexto y a la pena de muerte que aplican con frecuencia Arabia Saudita, China, Indonesia, Irán —donde entre 1975 y 2015 fueron ejecutadas más de 10.000 personas—, Malasia, Singapur y Vietnam, nada ha impedido la proliferación del negocio en Asia (p. 39).

⁴⁸ “Debatir (en serio) sobre drogas”, *Diario Judicial*, n° 4034, 22/4/2016.

tráfico de drogas; de atención de las demandas específicas de los niños afectados por la delincuencia relacionada con la droga; y de acceso no discriminatorio de las personas privadas de su libertad a los servicios de prevención y rehabilitación, entre otros”. El mismo año, en una muestra de lo extendida que están las nuevas concepciones en el mundo occidental, el arzobispo Sánchez Sorondo, canciller de la Pontificia Academia de Ciencias del Vaticano, en el marco de un taller sobre “Narcóticos: problemas y soluciones para este problema mundial”, subrayó que “parecería que la inversión en educación, en prevención, en cuidado de la salud, en tratamientos contra las adicciones y, en ciertos casos, en alternativas al encarcelamiento resultaría mucho más eficaz que la simple penalización de las víctimas”.⁴⁹ También en los últimos años avanzó la investigación científica del uso medicinal del cannabis, empezó a utilizarse con esa finalidad, primero al margen de la ley, después con algunas autorizaciones judiciales y finalmente como actividad reglada (ley 27.350 y dec. regl. 738/17). Esto contribuyó a ir menguando la percepción general de rechazo o pánico a la marihuana, a punto tal que la creación de empresas estatales para cultivar la planta y producir sus derivados clínicos (p. ej., “Cannava” en Jujuy o San Juan Cannabis Medicinal Sociedad del Estado), no produjeron alarma social ni escándalo alguno.

A partir del año 2000 concomitantemente se dio otro fenómeno: la proliferación de la microventa de drogas, principalmente en los grandes centros urbanos.⁵⁰ En ciertos lugares la justicia federal aparecía como insuficiente, desinteresada, lejana o ineficaz para muchos críticos. Este aumento generó dos corrientes coexistentes, por un lado la legítima demanda de la sociedad en pos del “cierre de los kioscos” y por otro, una serie de estudios y publicaciones que enmarcaban el fenómeno dentro del cuadro de vulnerabilidad

⁴⁹ Recordó que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) estima que en 2013, el año más reciente para el cual hay datos, 246 millones de personas en todo el mundo —es decir, 1 de cada 20 personas entre las edades de 15 y 64 años— utilizaron una droga ilícita, lo que representa un aumento de tres millones de personas respecto al año precedente (PIQUÉ, Elizabetta: “Comenzó en el Vaticano un taller sobre narcotráfico con la presencia del juez Daniel Rafecas”, *La Nación*, 23/11/2016).

⁵⁰ En una buena descripción y explicación de este fenómeno, Juan Federico advierte el aumento de este fenómeno en el contexto del fin del menemismo y la crisis del 2001 (FEDERICO, Juan: *Drogas, cocinas y fierros*, Recovecos, Buenos Aires, 2014, p. 7).

socio económico de los sectores carenciados al que pertenecían los vendedores. El contexto político de la época signado por fuertes reivindicaciones de los derechos sociales de sectores marginados, contribuyó evidentemente en la proliferación de esos trabajos.

El complejo cuadro formado por las tendencias a favor de la despenalización de los consumidores, la presión de la opinión pública en contra de los puestos de venta al menudeo, la “comprensión académica” de los protagonistas y las deficiencias de las fuerzas federales, desembocó en la posibilidad del desdoblamiento de la competencia, separando el segmento menor (tenedores y microvendedores) del narcotráfico de mediana o gran escala. En otras palabras, se reduce a un nivel local el problema de los consumidores y sus proveedores más directos, y se mantiene el interés federal en la persecución y represión de los narcos más importantes y la delincuencia conexas.

CAPÍTULO II DEFEDERALIZACIÓN

“Yo era pobre e invisible. Ustedes nunca me miraron durante décadas y antiguamente era fácil resolver el problema de la miseria. El diagnóstico era obvio: migración rural, desnivel de renta, pocas villas miseria, discretas periferias. ¿Qué hicieron? Nada. Ahora estamos ricos con la multinacional de la droga. Y ustedes se están muriendo de miedo. La propia idea de “solución” ya es un error. ¿Ya vio el tamaño de las 560 villas miseria de Río?. ¿Ya anduvo en helicóptero por sobre la periferia de San Pablo?. ¿Solución, cómo?. Sólo la habría con muchos millones de dólares gastados organizadamente, con un gobernante de alto nivel, una inmensa voluntad política, crecimiento económico, revolución en la educación, urbanización general y todo tendría que ser bajo la batuta casi de una “tiranía esclarecida” que saltase por sobre la parálisis burocrática secular...y del Judicial que impide puniciones. Tendría que haber una reforma radical del proceso penal del país, tendría que haber comunicaciones e inteligencia entre policías municipales, provinciales y federales (nosotros hacemos hasta “*conference calls*” entre presidiarios...). Y todo eso costaría billones de dólares e implicaría una mudanza psicosocial profunda en la estructura política del país. O sea: es imposible. Ustedes precisan hacer una autocrítica de su propia incompetencia. Entiéndame, hermano, no hay solución. Porque ustedes no entienden ni la extensión del problema. Como escribió el divino Dante: “Pierdan todas las esperanzas. Estamos todos en el infierno”.

Capo narco del Primeiro Comando da Capital,
entrevista supuestamente ficcionada del periodista
Arnaldo Jabor, *O Globo*, 2006.

“Me escucho y sigo, porque mucho de lo que está prohibido me hace vivir. No me persigo, porque mucho de lo que está prohibido me hace feliz. Lo reprimido, cuando estás cautivo, te impide salir”.

CALLEJEROS, *Prohibido*.

1. Introducción

La ley 26.052 (promulgada de hecho el 30/8/2005) en su art. 2º sustituyó el art. 34 de la ley 23.737 de estupefacientes, abandonando la jurisdicción federal exclusiva y excluyente para todos los delitos en la materia, dando paso a un sistema mixto que les permite a las provincias (y a la Ciudad de Buenos Aires) asumir por propia voluntad —mediante ley— la atribución de perseguir, juzgar y reprimir ciertos tipos penales de la citada ley 23.737. Es decir, da lugar al desdoblamiento de la jurisdicción.

Esta legislación fue producto de tres proyectos: el del Poder Ejecutivo Nacional que proponía la desfederalización solo para casos de tenencia simple y consumo personal; el de la senadora Müller que la planteaba para la venta y distribución de estupefacientes perpetradas dentro de la jurisdicción provincial; y el del senador Prades proponiendo que tanto la justicia federal como la provincial tuvieran competencia, y que el juez competente sea el primero que intervenga.⁵¹

2. Debate parlamentario

El repaso de algunos tramos de la discusión legislativa, puede contribuir para un entendimiento más preciso de la cuestión. La senadora Escudero recordó que la desfederalización fue planteada por el ex Ministro Beliz con la presencia del Presidente y de la mayoría de los gobernadores, al anunciar su mega plan de seguridad (el senador Cafiero evocó que Béliz alertaba sobre el riesgo de una “narcodemocracia”), y que el proyecto enviado por el PEN lo preveía solo para las tenencia de estupefacientes (art. 14, ley 23.737), junto con la venta irregular de medicamentos y la siembra de estas especies para el consumo personal. En efecto, en sus fundamentos, el Poder Ejecutivo expresaba que los delitos tipificados por la ley 23.737 que se vinculan con el tráfico ilícito o tráfico delictivo y que la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas enumera en su art. 3º, superan el límite de lo común y, en cuanto

⁵¹ LÓPEZ GASTÓN, Rodrigo D.: “Ley 26.052. La desfederalización parcial de la competencia judicial en el marco de la ley 23.737”, *ADLA*, 2005-D-4601.

a su juzgamiento, deben ser sometidos a jurisdicción federal.⁵² La citada Senadora también abordó el tema de la constitucionalidad de la provincialización. “Analizamos que solamente la Constitución Nacional establece cuáles son las causas federales y en ninguna parte de la ley fundamental se determina que el tráfico de sustancias ilícitas constituya cuestión federal. Por lo tanto, la federalización fue una decisión que el Congreso Nacional adoptó en su momento. En consecuencia, desde el punto de vista constitucional, no existe obstáculo alguno para proceder a la desfederalización de este tipo de cuestiones”. La legisladora describe la fuerte posición de la provincia de Buenos Aires⁵³ señalando que no era suficiente para vencer el complejo problema por el que atraviesa ese territorio. Y tras citar que en la Comisión de Seguridad Interior y Narcotráfico estuvieron presentes miembros de la CICAD —Comisión Interamericana de Control del Abuso de Drogas— y, que consultados acerca de la posición de la OEA, la respuesta fue que la descentralización es considerable en los aspectos de prevención y tratamiento, donde es muy importante que las agencias locales tengan un gran desarrollo, pero no en el tema del control y la aplicación de las sanciones y la judicialización. Sin embargo, como la provincia de Buenos Aires siguió insistiendo en su posición, por el debate público que generaba y las dificultades de la Justicia Federal,⁵⁴ la Senadora dijo: “tratamos de hacer un esfuerzo de corte, que no signifique entregar a la desfederalización todo lo que sucediera dentro de la provincia, sino justamente este hecho puntual chiquito que significa el último eslabón de la cadena de comercialización. Por eso concluye que como “el conurbano bonaerense atraviesa

⁵² “El tráfico de estupefacientes de manera organizada supera las fronteras de los países, corrompe las estructuras de los gobiernos y de la actividad comercial privada a partir de la legitimación de los activos producto del delito. El resto de las figuras típicas que se relacionan con la tenencia de estupefacientes para consumo personal que pudieren lesionar el físico o la moral de los habitantes que importen, en definitiva, un menoscabo del bien jurídico protegido salud pública son ajenas al derecho federal y, por lo tanto, deben ser competencia de las jurisdicciones locales”.

⁵³ El senador Agúndez se refirió al “clamor del gobernador” (Felipe Solá), de los intendentes y a la proposición de su ministro Arslanián.

⁵⁴ Expuso que el ministro de Seguridad de la Provincia transmitió que cuando un vecino de un barrio pobre de la ciudad indica el lugar donde se está vendiendo droga o la policía local aprehende a alguien en flagrancia, no puede actuar sin una orden de allanamiento del juez federal y la realidad indica que no hay suficientes jueces federales o existe falta de proximidad con el lugar del hecho.

una situación que se está convirtiendo en un problema nacional, hemos querido hacer el esfuerzo de dar una herramienta, aunque tenemos nuestras dudas de que ella realmente sirva” porque “el problema es mucho más complejo”.

Por su parte, la senadora Müller señalaba que el objetivo que se proponían con la reforma era “hacer más efectiva la tarea de prevención policial por la venta menor y consumo personal de drogas en las distintas jurisdicciones de nuestro país” porque “como consecuencia de la competencia exclusiva y excluyente de la justicia federal para la investigación de la totalidad de los delitos que contempla dicha ley en su art. 34, la justicia ordinaria de cada jurisdicción no ha podido actuar, al menos en la prevención y sanción de la comercialización y consumo menor, dado que la justicia federal rechaza invariablemente los procedimientos provinciales referidos a la investigación y exige a sus fuerzas policiales que actúen tan solo en las modalidades más graves, como el tráfico mayor e internacional”.⁵⁵

El senador Agúndez por el radicalismo advertía que no apoyarían la iniciativa respecto a desfederalizar el narcomenudeo, porque “no existe una fórmula mágica que pueda dividir la competencia ordinaria de la federal, sin zonas grises”; “—por más que sea a poca escala e identificada por dosis—, ya que desgraciadamente sabemos que comienza por lo más pequeño, pero que a medida que se sigue el hilo conductor terminamos en los grandes traficantes de drogas, cuya actividad es de competencia de la justicia federal”,⁵⁶ aun reconociendo su insuficiencia,⁵⁷ posición contraria

⁵⁵ Cita en apoyo al proyecto que emitieron su opinión favorable a esta iniciativa, entre otros, los catedráticos especialistas en Derecho Penal y de renombrada trayectoria: Julio Maier, Pedro David, Carlos Chiara Díaz y Pedro Bertolino.

⁵⁶ “Un camarista de La Plata, de muy buen conocimiento de la materia, Schiffrin, dice que, en vez de desfederalizar la droga, tenemos que federalizar más y combatir el narcotráfico. Da un claro ejemplo de que, en la medida en que avancemos más en el perfeccionamiento de la Policía Federal y de la Justicia Federal, evidentemente no hará falta que participe la provincia en esto”.

⁵⁷ “Pero las estadísticas son alarmantes, ya que la justicia bonaerense cuenta con aproximadamente 450 fiscales —contra los 45 de la federal—, y los jueces federales son 38, contra los 450 provinciales. Y si vemos que hay una policía bonaerense con 45 mil efectivos, en contraposición con los 2 mil federales, es evidente que la policía y la justicia federales no tienen posibilidad de estar todos los días en las calles trabajando sobre este tema que es el flagelo de la droga en la República Argentina”. En la misma línea, Pichetto decía que se debe dar instrumentos a la jurisdicción provincial para afrontar la cuestión, “ya que no

que esgrimió sin perjuicio de reconocer la validez de la norma de prelación de la competencia federal en caso de duda y de la posibilidad constitucional de dar “una gran participación a la provincia a través de lo que se llama el federalismo de concertación, que está muy actualizado en doctrina pero muy poco utilizado” (art. 75, inc. 30).

El senador Gustiniani opinaba que “el problema de la droga es federal, porque no hay que ir a la Constitución Nacional; en su complejidad, arranca en las fronteras...a partir de ahí, se introduce todo el territorio nacional. Es un problema de sentido común entender que la respuesta al problema de la droga y al del narcotráfico, fundamentalmente, se debe dar desde una estrategia nacional. Y es así en todos los lugares del mundo. La respuesta moderna que se da al problema de la droga es a través de la unificación de concentración del control y hacia autoridades unificadas, porque el narcotráfico por definición es un delito móvil y con raíces múltiples”. Agregaba que “siguiendo el razonamiento de la cadena, no entendemos cómo la respuesta eficaz que se busca para el problema es rompiendo la cadena, diversificando, dividiendo en dos: por un lado la justicia nacional y por otro, la justicia provincial”.⁵⁸

pueden dar respuesta adecuada a los requerimientos de los vecinos que saben que en el barrio —en tal quiosco, en tal calle, en tal lugar, a veces, cercano a las escuelas— se comercializa droga. En los barrios del conurbano, esa identificación es muy cierta, muy directa. De hecho, no existe una respuesta eficaz de la Justicia federal, porque hay catorce juzgados federales en un escenario urbano de catorce millones de habitantes. Esto es que frente a la denuncia del vecino, inmediatamente actúe un juez que dé la orden de allanamiento y se pueda impedir que la droga llegue a los chicos, que llegue a la gente sana, continuando su efecto contaminante y agravante de las situaciones sociales que hoy se viven”. Su colega Capitanich agregaba que el Juzgado Federal de Resistencia era el único de toda la provincia del Chaco (actualmente se sumó otro en Roque Sáenz Peña), para casi un millón de habitantes, con 72.000 causas, 9.000 de carácter penal y aproximadamente 8.100 vinculadas con la droga. La legisladora Leguizamón alertaba que la posibilidad de juzgamiento en Buenos Aires “por jueces que se encuentran a 200 kilómetros de distancia, determina que estos procedimientos terminen finalmente en la nada”.

⁵⁸ “Claro que conocemos el problema del kiosco de la esquina. Lo conocemos en nuestras ciudades. Lo padecemos en nuestras ciudades. Pero creemos que hoy ya existe una coordinación entre la policía federal y las policías provinciales. Hoy existe una estrategia al respecto... Creo que es cortando las conexiones mafiosas entre los sectores policiales, los delincuentes, los secuestradores extorsivos y el negocio de la droga y la prostitución como empezaremos a desandar el camino para que esta espiral de violencia disminuya en la República Argentina”.

El senador Cafiero hablaba de la conocida teoría según la cual la forma efectiva de atacar el problema es controlar y reducir la oferta. “Si no hay disponibilidad de droga en cantidad y precio aceptable, la droga se vuelve virtualmente un artículo de lujo y deja de ser lo que es hoy, un artículo de consumo, inclusive para los pobres”, considerando que en ese sentido, la desfederalización “constituye un aporte para un seguimiento y una actitud más definida en cuanto a la represión de estos ilícitos, pero no es suficiente”.

Así fue como finalmente el Congreso de la Nación reformó el art. 34 de la ley de estupefacientes 23.737, permitiendo la injerencia provincial en la materia (ley 26.052). La provincia de Buenos Aires, impulsora de este debate, fue la primera en asumir la persecución y represión del segmento menor del narcotráfico (ley 13.392)

Entre las críticas a la eficacia de la Justicia Federal en la persecución y represión del narcomenudeo, puede citarse el caso de la provincialización que adoptó Córdoba varios años después, en el 2012, precedida de un conflicto con la Policía de la Provincia, que venía sintiendo la presión social por la proliferación de kioscos y falta de respuestas. Esta institución policial, cuya dependencia de lucha contra el narcotráfico llevaba la mayor parte de las investigaciones en la materia, se venía quejando de la cantidad de requisitos y pasos que el Poder Judicial de la Nación les imponía para hacer los procedimientos, a los cuales consideraban “trabas”.⁵⁹ También señalaban que desde la jurisdicción federal, de alguna manera menospreciaban la investigación a los vendedores al por menor, ya que consideraban que se distraían recursos y se hacían estadísticas poniendo el foco en “perejiles” en desmedro de los “peces gordos”. Entonces, cuando en una semana pedían muchas órdenes de allanamiento para kioscos, desde algunos juzgados les ponían límites, topes o resistencias, argumentando la existencia de muchas causas más trascendentes o que se dediquen a perseguir a narcos más importantes. Y desde el lado federal les reprochaban a la policía “entretenerse haciendo números” con el “chiquitaje” en desmedro de los mayores.⁶⁰

⁵⁹ FEDERICO, Juan: “Por qué se pierde la batalla contra las drogas”, *La Voz del Interior*, 2/5/2010.

⁶⁰ Este fenómeno se dio también en otras provincias. Inclusive volvió a la escena en el Congreso Nacional con motivo de la ley 27.502 que obliga a la justicia federal a avocarse a investigaciones cuando discute una competencia con el fuero provincial. El diputado Solá tildó de “mamarracho” el proyecto, consideró que

El proyecto que impulsó la reforma en la Provincia de Córdoba —mediante la creación del “Fuero de Lucha contra el Narcotráfico”— reposó en varios fundamentos. Se consideró que la ley nacional que permite esta decisión (26.052) constituye “[...] un hecho inédito que evidente y paulatinamente pretende provocar cambios sociales y progresos importantes en orden a la actividad política y administrativa del Estado Provincial en materia de prevención de adicciones y lucha contra la delincuencia ligada al tráfico de drogas ilegales”. También se argumentó que “la realidad actual de Córdoba en materia de Lucha contra el Narcotráfico se circunscribe a la aislada intervención de la Policía de la Provincia, en cooperación con la escasa presencia e intervención de las fuerzas federales de seguridad con asiento en la jurisdicción” y que “el esfuerzo policial con particular adiestramiento en la materia, finalmente es direccionado y conducido por la Justicia Federal, la que en voz de buena parte de sus magistrados y funcionarios ha reconocido la escasez de medios que le permitan implementar y sostener acabadamente y sin fisuras una acción eficaz en todo el territorio provincial, lo que genera en la sociedad un estado de indefensión por la cuota significativa que deviene de advertir insuficientes todas aquellas medidas procedimentales”. A lo dicho debe sumarse “la significativa distancia entre las sedes judiciales federales dentro de la provincia y las localidades que presentan importantes fracciones poblacionales, seriamente afectadas por el flagelo de la droga, lo que muchas veces desalienta la denuncia, como así también el procedimiento policial, todo lo cual se traduce en impunidad y favorece el incremento de esta clase de delitos”.

Un tema a veces condicionante es la capacidad de la justicia provincial para absorber la nueva competencia, ya que por la satu-

estaba de más porque la ley de desfederalización ya preveía la prevalencia de la Justicia Federal, y agrego que “el tema del narcotráfico no se resuelve dejándole todo a los jueces federales y dejándole nada a los jueces penales provinciales: se empieza a resolver por el narcomenudeo, porque el narcotráfico necesita copar barrios y vender muchas dosis. Despreciar el narcomenudeo es no entender nada”. El diputado de Red por Argentina indicó que “en la fundamentación de la ley, parece que las provincias no han hecho otra cosa que molestar a las investigaciones” y recordó que la ley de 2005 se sancionó porque “no podíamos seguir el narcotráfico con los jueces federales”, que “pedían que les llevaran los pescados grandes y sino, que no los molestaran” (<http://analisisdigital.com.ar/archivo/2019/06/04/narcomenudeo-diputados-sancionan-una-ley-para-garantizar-la-prevalencia-de-la>).

ración de causas que presenta, en el debate parlamentario nacional hubo reparos, y posteriormente se han dado cuestionamientos a nivel provincial cuando se discuten iniciativas locales de adherir a la desfederalización. En la experiencia de Córdoba, el proyecto originario preveía la creación de un fuero especializado con la infraestructura existente. Es decir, primero empezaría a aplicarse la ley y luego comenzaría a funcionar dicho fuero. Por suerte esta improvisación no prosperó porque el Tribunal Superior de Justicia impulsó una variante supeditando la implementación de la ley a la puesta en funcionamiento del fuero específico, lo que así sucedió finalmente, y de manera ordenada, a partir del 1º de diciembre del 2012 y aplicable a los delitos cometidos desde ese momento (art. 10).

Una buena posibilidad, al menos teórica,⁶¹ de obtención de recursos para esta nueva y legítima decisión de política criminal, es la que da el art. 5º de la ley bajo análisis, en cuanto establece un sistema de transferencias proporcionales, a las jurisdicciones provinciales que adhieran, y que así lo requieran de los créditos presupuestarios de la Administración Pública Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial de la Nación correspondientes a fuerzas de seguridad, servicio penitenciario y prestación de justicia. Sin embargo, ante la falta de traspaso de fondos por parte de la Nación, hubo provincias que desfederalizaron haciendo las erogaciones de las arcas locales.

Con el paso del tiempo varios Estados más sancionaron leyes asumiendo la jurisdicción. La adhesión de Córdoba, con su ley 10.067 del año 2012 fue seguida por Salta (ley 7782 de 2013), Chaco (ley 7573 del 2015), Santiago del Estero (ley 7252 de 2018); Formosa (ley 1627 del 2015) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2018). Otras provincias legislaron, inclusive antes, pero suspendieron su entrada en vigencia, como La Rioja (ley 7893), Entre Ríos (ley 9783) y Tucumán (ley 8644). La competencia mixta en la materia no es de aceptación constitucional pacífica. Ha sido cuestionada por algunos autores. Zaffaroni declaró: “creo que hay

⁶¹ En relación a esta previsión se ha dicho que “[...] se trasluce la desilusión de quienes esperaban una actitud del Estado nacional —especialmente en el traspaso de fondos—” (SEBASTIÁN, Ernesto: “¿Toda tenencia de estupefacientes es competencia provincial?”, *LLBA*, 2006, p. 1273). De allí que resultó realista y saludable la decisión política de que la provincia adelante los fondos para que la ley pueda tener vigencia (art. 2º).

delitos federales y delitos ordinarios. Nunca he visto un delito que se convierta en ordinario según la provincia quiera o no”.⁶² En la misma edición, Ricardo Álvarez opinaba: “No he conocido una experiencia semejante donde respecto de un mismo acontecimiento se bifurque la etapa preparatoria, confiada al tratamiento legal de un determinado ordenamiento, como sería la jurisdicción provincial; y una segunda instancia de juzgamiento depositada en manos de una ordenanza procesal distinta, como sería la federal. Esa suerte de mixtura constituye una novedad, cuando no una extravagancia, y no aguardo sino una eficacia dudosa, en el mejor de los casos... la Provincia puede asumir que el narcomenudeo constituye una materia reservada a su propia jurisdicción y competencia haciéndose cargo de lo que eso significa, es decir, pesquisando, preparando la investigación, imputando, permitiendo el ejercicio del derecho de defensa y fallando. Lo que no me parece legítimo es limitar su competencia, como si fuese una especie de tribunal cautelar *ad hoc* de una etapa del proceso, sabedor de antemano de que no está en condiciones de pronunciarse en definitiva, es decir, entregando el conocimiento de los hechos que ha investigado a otro fuero”.

En cambio, la Corte Suprema en distintos precedentes ha apoyado la transferencia que esta legislación autorizó a favor de las provincias en orden al “último eslabón de la cadena” del tráfico de estupefacientes.⁶³

La desfederalización de los delitos menores en la materia es constitucionalmente válida, puesto que ha de recordarse que la regla emanada de nuestra organización nacional es que las Provincias conservan todos los poderes no delegados expresamente a la Nación, estando entre los más importantes el de perseguir y administrar justicia, por lo que resulta de excepción e interpretación restrictiva toda tesis que conduzca a atribuir competencia federal. Otra corriente la considera inconstitucional bajo el argumento de que el art. 116 de la C.N., al disponer que corresponde a los tribunales de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por los tratados con las naciones extranjeras, “de esta manera y de acuerdo a lo prescripto

⁶² Véase VARELA, Juan Cruz: “Polémica por el rol de la Provincia para el combate al narcomenudeo”, *PáginaJudicial.com*, Paraná, 2012.

⁶³ CSJN, “Echevarría”, 27/12/2006; “Tévez”, 27/11/2007; “Castro”, 20/2/2007; “Bisogni”, 9/12/2009, todas adhiriendo a los dictámenes del Procurador General.

por el art. 99, inc. 11 de la Ley Fundamental, la competencia federal se extiende desde las cuestiones que susciten la aplicación de los tratados bilaterales o multilaterales con Estados extranjeros, hasta los celebrados con organismos internacionales”.⁶⁴

3. Delitos transferidos

De las figuras descriptas en la ley 23.737 de estupefacientes, se han seleccionado las siguientes para su transferencia a la órbita provincial:

1) Comercio, entrega, suministro o facilitación de estupefacientes, si se encuentran fraccionados⁶⁵ en dosis⁶⁶ destinadas directamente al consumidor (art. 5º, incs. c) y e))⁶⁷ o las tres últimas conductas si se trata de una actividad ocasional y gratuita cuyo objeto sean escasas cantidades de estupefaciente para uso personal del receptor (art. 5º, último párrafo).

Creemos que en el traspaso de competencia queda abarcada también la tenencia con fines de comercialización prevista en dicho inc. c), por cuanto si están contempladas las tenencias del art. 14 y el comercio del art. 5º, no parece coherente excluir un acto

⁶⁴ GUEREÑO, Indiana, y PAMPILLO, Lucila: “La lucha contra el narcotráfico: un camino sinuoso. Comentario a la Ley 26.052”, *ADLA*, 2005-E-5789.

⁶⁵ En una contienda de competencia entre el Juzgado Federal de Mar del Plata y un Juzgado de Garantías de esa ciudad, basada en la falta de este requisito, la Corte se la atribuyó al último porque más allá de la ausencia de fraccionamiento, no había dudas que el hecho investigado constituía el último eslabón de la cadena de comercialización, por ende aquella materia que se quiso trasladar a la jurisdicción provincial (CSJN, “Zalazar”, 4/9/2007).

⁶⁶ Hay autores que consideran que debiera estarse a las que fija el Sedronar como de “consumo” (LÓPEZ GASTÓN: ob. cit.). Por ejemplo, marihuana hasta 50 grs.; clorhidrato de cocaína hasta 5 grs.; pasta base hasta 10 grs.; éxtasis hasta 0,5 grs.; anfetaminas hasta 3 grs.; ácido lisérgico hasta 0,15 grs.; sustancias opioides hasta 1 gr. (LEVENE, Ricardo (n.), y STIEP, Silvia: “Modificación a la ley de estupefacientes: desfederalización de los delitos de menor cuantía”, *LL*, 2005-E-1283). Sin embargo, razones de orden práctico dificultan esta tabulación tajante. Porque hay drogas como la cocaína que se expenden al consumidor muy rebajada con otros productos, y por otra parte, un leve exceso de estas cantidades, no hace que el ilícito cambie su naturaleza de “último eslabón” destinado al consumo.

⁶⁷ Quedan afuera de la “provincialización” otras conductas contempladas en esos incisos, como el comercio de materias primas para la producción o fabricación de estupefacientes, la distribución, dación en pago, almacenamiento y transporte de los mismos; e igualmente la aplicación a otro de narcóticos.

preparatorio de tal comercio que está tipificado autónomamente. Además, no debe olvidarse que está legislada en el mismo inc. “c” donde están contenidas otras conductas trasladadas. En otras palabras, transferido “lo más”, queda implícitamente incluido “lo menos”, regla de larga aceptación en materia de competencia. No debe perderse de vista que la Corte Suprema viene zanjando los conflictos de competencia que se suscitan a favor de la jurisdicción provincial en todo caso que constituya el “último eslabón” de la cadena del narcotráfico.

Por otra parte, concluir que la tenencia con fines de comercialización no está incluida en la transferencia de jurisdicción a favor de la provincia, limitaría notoriamente en la práctica la operatividad de la reforma, porque estadísticamente la mayor parte de los procesos por venta al menudeo de drogas (o sea, lo que se quiso transferir) terminan siendo calificados legalmente como comercio (por los controles positivos a compradores) y tenencia con fines (por el hallazgo de estupefacientes en el allanamiento al domicilio). Además, iría en contra del espíritu que animó la reforma, que en palabras de la Corte Suprema, se dirige a que la provincia asuma la investigación y juzgamiento del último eslabón del narcotráfico.

Salvo que jurisprudencialmente se encuadraran este tipo de comprobaciones (controles positivos y hallazgo de droga en el ámbito del vendedor) únicamente bajo la figura del comercio de estupefacientes, en cuyo caso carecería de sentido la discusión precedente.

Algo similar ocurre con la figura de la facilitación de lugar o elementos para que se lleven a cabo los delitos del art. 5º provincializados (art. 10, ley 23.737). Si bien se trata de un tipo autónomo no mencionado expresamente en la ley 26.052 que posibilita la transferencia de jurisdicción, no hay que perder de vista que tiene una conexión objetiva insoluble con el ilícito en cuya comisión se contribuye. Por eso se ha considerado que se trata de un encubrimiento específico o una forma de complicidad tipificada independientemente, porque en definitiva constituye un aporte de cooperación o auxilio que se presta al autor. Para ilustrarlo con un ejemplo, si una persona vende droga al menudeo, y el vecino le permite, aun gratuitamente, que lo haga en su propiedad, o le presta una moto para que la distribuya, es lógico que no se escindan las investigaciones de estos hechos indisolublemente conectados y que tampoco pueda atribuirse competencia federal acumulada para ambos episodios, cuando el hecho provincial (la venta) es

el principal y la facilitación viene a ser accesorio y secundario. Admitir otro criterio puede llevar a dificultades prácticas frecuentes, como sucede cuando se juzga a dos personas acusadas de comercializar estupefacientes y en la audiencia de debate resulta que uno era el que vendía y otro el que facilitaba el lugar. No parece lo más razonable que en estos casos la Cámara del Crimen declare la incompetencia provincial antes de la sentencia, con las consecuentes nulidades, cuando ya se desarrolló todo el proceso y desgaste. Si tiene jurisdicción para “lo más”, resulta sensato que falle sobre “lo menos”.

La misma solución a favor de la jurisdicción provincial se impone para otras figuras abarcadas o íntimamente conexas con tipos penales desfederalizados, como pueden ser la inducción al consumo de estupefacientes o su uso público y ostentoso (art. 12, ley 23.737) o la confabulación (ídem, 29 bis) dirigida a la comisión de ilícitos ahora provinciales (p. ej., venta al menudeo), desde que se trata de un acto preparatorio punible. Debe recordarse que en esta línea proclive a la intervención local se viene pronunciando la máxima instancia judicial nacional en los conflictos de competencia que se suscitan entre magistrados provinciales y federales.

2) La siembra o cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes cuando por la escasa cantidad y demás circunstancias surja inequívocamente que está destinada a obtenerlos para consumo personal (art. 5º, penúltimo párrafo), excluyéndose la guarda de semillas, materias primas o elementos destinados a la producción o fabricación de estupefacientes. Debe considerarse incluida la guarda de semillas en pequeñas cantidades y con igual finalidad, toda vez que si la actividad de sembrarlas está atrapada por la atenuante, con más razón deberá estarlo el paso anterior, siendo factible la analogía por ser a favor del imputado. De lo contrario, habría que tipificar la conducta como guarda de semillas (inc. a) sin ningún atenuante, pudiendo hasta resultar desproporcionada la pena. O sea, se daría el contrasentido consistente en que si alguien las sembró para consumo personal, tiene una pena de 1 mes a 2 años de prisión; en cambio, si no llegó a esto y solo las tenía las semillas guardadas con tal objetivo, de no aplicar la analogía merecería de 4 a 15 años. En definitiva, por una menor culpabilidad sería susceptible de una mayor punibilidad. Por similares razones también puede ser incluida en el fuero provincial la siembra y cultivo de cantidades intermedias (ni es-

casas ni grandes) sobre las cuales no pueda establecerse el fin de tráfico (p. ej., consumidores, hallazgos casuales). La ley no prevé una figura intermedia. En efecto, si no es de pequeñas cantidades inequívocamente destinadas al consumo se pasa directamente sin escalas a la siembra y cultivo enmarcada en los delitos de tráfico que tienen una pena mínima de 4 años de prisión. Esta laguna, mal llenada, puede conducir a dos rebalses: 1) que se reprima con la pena prevista para los traficantes casos en que no aparezca ni siquiera el riesgo o el peligro de tráfico; 2) que la persona que en las mismas porciones intermedias e idéntica incertidumbre sobre la finalidad, logró tener estupefaciente producto de la siembra y el cultivo, tiene prevista la figura intermedia del art. 14, primera parte que tratamos a continuación, con una penalidad correlativamente intermedia entre el tráfico y la posesión de escasas cantidades, por lo que se da el descalabro que a mayor avance de la cadena del producto, menor pena. Una solución superadora puede ser la aplicación de analogía *in bonam parte*, encuadrando estos casos problemáticos en el referido delito de tenencia simple. Alchourrón y Bulygin explican que “un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determinada conducta (o sea, con una solución)”.⁶⁸ Uno de los recursos frente a este problema es la analogía, que según la ley civil “consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo esté, sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos”.⁶⁹ El vacío normativo señalado, de no ser llenado, conduce a incoherencias como las señaladas. Aunque es común que los juristas asimilen laguna con incoherencia, lo cierto es que hay diferencias porque en la primera falta la solución y en la segunda hay superposición de soluciones.⁷⁰ Podría argumen-

⁶⁸ Citados por Nino, quien ha calificado el trabajo de estos autores como “difícilmente superable” (NINO, Carlos: *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 281).

⁶⁹ Ídem, p. 285.

⁷⁰ ALCHOURRÓN, Carlos E., y BULYGIN, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987. Agregan que las soluciones suelen ser similares, pero en las lagunas el desafío es encontrar una solución ya sea introduciendo nuevas normas o ampliando el alcance de las existentes, en cambio en la incoherencia el problema consiste en la eliminación de las soluciones superfluas, para lo cual se procura restringir o eliminar el alcance de algunas.

tarse en contra que por el principio de “especialidad” la figura de la tenencia simple no puede ser tomada como “residual” para los actos de cultivo y siembra de vegetales que aun no han llegado a convertirse en estupefaciente (p. ej., plantas de marihuana macho o sin cogollos). Téngase en cuenta que el cannabis es una especie cuyos ejemplares naturalmente se dividen sexualmente para la reproducción, proceso en el que los machos liberan el polen que llegará a las flores de las hembras, las cuales de aún no ser polinizadas, generan THC, inclusive en mayor proporción. Aunque proliferan publicaciones que difunden los efectos que pueden tener las variedades de macho, lo cierto es que resulta frecuente que los cultivadores las eliminen cuando ya logra advertirse el sexo, o bien que directamente utilicen semillas manipuladas que sólo darán a luz plantas hembras, ya que “las hojas y las flores de la hembra contienen mayores concentraciones de THC y son las únicas que se utilizan por sus propiedades psicoactivas”,⁷¹ más allá de que en tallos y hojas pueda hallarse THC en niveles bajos (obsérvese que la marihuana compactada o fraccionada que se comercializa normalmente suele ser una mezcla de todas las partes –hasta semillas-, pero si se trata exclusivamente de “flores” el valor trepa). Ahora bien, la discusión de si puede considerarse que la planta aun no procesada contenga estupefaciente, es irrelevante para la propuesta de solución que se realiza, precisamente porque se basa en la analogía. De lo contrario directamente y sin mayor discusión quedaría subsumida en la tenencia simple que veremos a continuación.

3) La tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte) y la tenencia atenuada de escasas cantidades para consumo personal (art. 14, segunda parte). Este último supuesto será de muy limitada aplicación porque después del fallo “Arriola” de la Corte Suprema (25/8/2009), cuando la conducta se verifique en la intimidad (domiciliaria o corporal) su persecución y represión

⁷¹ SCHMIDT, Max R.: *¿Qué es y con que se compara la marihuana?*, Doce Pasos Editores, México, 2014. La Convención Única de 1961 entiende por “cannabis” “las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina” y por “planta de cannabis” se entiende toda planta del género cannabis. De todas formas es común que la marihuana comercializada ilegalmente venga mezclada con tallos y hojas picados o triturados, y a veces también semillas.

se la considera contraria al art. 19 de la C.N. y otras normas de igual naturaleza. Inclusive hay proyectos legislativos en danza para directamente despenalizarla.

4) La falsificación de recetas médicas, o su impresión con datos supuestos o ciertos sin autorización del profesional responsable de la matrícula; la suscripción sin facultad para hacerlo o la aceptación con conocimiento de su ilegítima procedencia o irregularidad (art. 29).

5) El autorizado para la venta de sustancias medicinales que las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o diversa de la declarada o convenida, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que según las reglamentaciones vigentes no pueden ser comercializados sin ese requisito (art. 204), pudiendo ser bajo modalidad culposa (art. 204 bis) u omisiva para el que tiene a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento dedicado al expendio de medicamentos y no cumple con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de algunos de tales hechos (art. 204 ter). Con razón se ha señalado que resulta desacertada la referencia a estos artículos, “[...] todos ellos vinculados con medicamentos, puesto que de por sí no son delitos previstos especialmente ‘en esta ley’ 23.737, sino que se hallan contemplados en el Código Penal con lo cual ya de por sí eran de competencia de la justicia provincial a no ser que se diera alguna de las causales naturales que surten la competencia de excepción”.⁷²

6) El que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización (art. 204 quater).

La transferencia incluye las agravantes que el art. 11 de la ley 23.737 estipula para las figuras del art. 5º que pasarán a la esfera provincial.⁷³ Esta norma prevé un aumento de las penas de la mitad del mínimo y un tercio del máximo, en los siguientes casos:

⁷² TAZZA: ob. cit.

⁷³ “Es competente la justicia provincial para conocer en una causa en la que se investiga el intento de entrega de una escasa cantidad de sustancia estupefaciente a un interno alojado en una dependencia policial local, ya que el art. 11 de la ley 23.737 fija circunstancias agravantes especiales a las figuras previamente establecidas cuya esencia no modifica, y entre las que se encuentran aquellas que, como en el caso, al reunir las condiciones previstas en los arts. 1º y 2º de la ley 26.052, no surten la jurisdicción federal” (CSJN, “Constante”, 26/2/2008;

- a) Si los hechos se cometieren en perjuicio de mujeres embarazadas o de personas disminuidas psíquicamente, o sirviéndose de menores de dieciocho años o en perjuicio de estos;⁷⁴
- b) Si los hechos se cometieren subrepticamente o con violencia, intimidación o engaño;
- c) Si en los hechos intervienen tres o más personas organizadas para cometerlos;⁷⁵
- d) Si los hechos se cometieron por un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos

y “Tévez”, 27/11/2007, adhiriendo al dictamen del Procurador, *La Ley on line*). Inclusive el Alto Tribunal ha hecho valer este criterio aun cuando haya posibilidad de delito interjurisdiccional, como sucedió en un caso de hallazgo de droga en una cárcel de la Provincia de Buenos Aires, que había sido enviada a un preso por encomienda desde la Capital Federal: “El juez provincial que previno debe continuar investigando toda vez que la declinatoria por él decidida es prematura en tanto no se ha practicado medida alguna que permita vislumbrar siquiera la existencia de la persona que aparece como remitente del envío que dio origen a la causa” (CSJN, “Berges Jiménez”, 3/7/2007, en adhesión al dictamen del Procurador General, *La Ley on line*).

⁷⁴ La disposición del art. 11, inc. a) de la ley 23.737 utiliza el verbo “servirse de un menor de 18 años” en el sentido de “utilizar” al menor, sin otro aditamento referido a la finalidad que ha tenido el mayor para involucrarlo en la comisión del hecho, bastando —desde el punto de vista subjetivo— que el agente conozca que se trata de un menor de edad, lo que supone el conocimiento de la naturaleza del aporte o colaboración del niño (CNCP Sala II, “Bogado”, 11/11/2009). “Existe una intención general que se deduce de distinta normativa (nacional y supranacional) cuyo propósito tiende a desanimar la utilización de menores de edad en actividades vinculadas al comercio de estupefacientes (en sentido amplio: ya sea que desempeñen roles o tareas en la cadena de comercialización, o como supuesto comprador o adquirente de material estupefaciente)” (CAcus. Córdoba, A.I. n° 538, 20/9/2016, “Luna Cabrera”, voto del Dr. Davies).

⁷⁵ “Se requiere la existencia de una organización en el sentido de reparto de funciones o roles establecidos expresa o tácitamente antes de la comisión de los delitos previstos en la ley. No procede la aplicación de la agravante si no se acreditó una elemental organización ni distribución de funciones y no se comprobó que la simple pluralidad de imputados haya permitido una mayor eficacia delictiva” (CNCP Sala I, “P.V.C.”, 13/5/2005). La ley no establece que la agravante requiera la presencia de tres o más personas que “tomen parte en la ejecución de los hechos” sino que le es suficiente con que “intervengan en los sucesos”, con lo cual es posible, o bien que los intervinientes lo hagan en calidad de coautores, o bien que la participación sea admisible a título de complicidad por auxilio o cooperación (conf. Sala II, “Ledesma”, reg. n° 2308 del 30/11/1998) (CNCP Sala I, “López”, 26/10/2007).

- aquí previstos o por un funcionario público encargado de la guarda de presos y en perjuicio de estos;
- e) Cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicas o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas o sociales. Es fuerte la discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre el alcance de esta agravante, si se configura con verificarse objetivamente la cercanía (v. gr., el que vende en su domicilio ubicado al frente de un colegio pero lo hace los fines de semana o de noche cuando está cerrado), o si hace falta (v. gr., el que vende en su domicilio ubicado al frente de un colegio pero lo hace los fines de semana o de noche cuando está cerrado), además, una relación de riesgo con la actividad del autor (v. gr., vender drogas a los deportistas que van al club o mientras estos pasan por el lugar);⁷⁶
- f) Si los hechos se cometieren por un docente, educador o empleado de establecimientos educacionales en general, abusando de sus funciones específicas.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Ac. N° 10 del 6/11/2012), con buen sentido y criterio práctico, haciéndose eco de los criterios sostenidos por la Corte Suprema para dirimir conflictos de jurisdicción, principalmente planteados en la Provincia de Buenos Aires, sistematizó los principales criterios rectores. Así, detalla los delitos partiendo de lo normado expresamente por la legislación y lo argumentado por la última instancia judicial, limitando la jurisdicción federal a lo estipulado por la Constitución de la Nación (art. 116) y la vinculación de los delitos de tráfico ilícito descriptos en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (art. 3°) “que superan el límite de la común” (CSJ, Echeverría, Sandra, 13/6/2006); y, para esclarecer el alcance de la jurisdicción provincial, los principios de política criminal que inspiraron la

⁷⁶ ZURUETA, Federico A., “Agravante de la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización”, *Semanario Jurídico*, Edición especial N° 2, Córdoba, 1/10/2007.

desfederalización consistentes en dejar afuera de la jurisdicción federal aquellos hechos que significarían “el último eslabón de la cadena de comercialización” por “la inmediatez con la que puede actuar en esos casos la justicia local en el interior del país” (fallo y ob. cit.). Bajo este contexto pasa a enumerar el elenco de delitos desfederalizados que incumben a la competencia provincial: *a)* Tenencia simple (art. 14, párr. 1º, ley 23.737). *b)* Tenencia para consumo personal (art. 14, párr. 2º, ley 23.737). *c)* Tenencia con fines de comercialización simple (art. 5º, inc. c, ley 23.737) o agravado (art. 11, ley 23.737). *d)* Comercialización de estupefacientes (art. 5º, inc. c, ley 23.737) o agravado (art. 11, ley 23.737). *e)* Entrega, suministro o facilitación de estupefacientes a título oneroso simple (art. 5º, inc. e, ley 23.737) o agravado (art. 11, ley 23.737). *f)* Entrega, suministro o facilitación de estupefacientes a título gratuito simple (art. 5º, inc. e, ley 23.737) o agravado (art. 11, ley 23.737). *g)* Entrega, suministro o facilitación de estupefacientes a título gratuito atenuada (art. 5º, último párrafo, ley 23.737). *i)* Siembra o cultivo de estupefacientes para consumo personal (art. 5º, penúltimo párrafo, ley 23.737). *j)* Confabulación para cometer los delitos comprendidos en los delitos de tráfico desfederalizados (art. 29 bis, ley 23.737). *k)* Facilitación de un lugar para el consumo de estupefacientes (art. 10, párr. 1º, *in fine*, ley 23.737). *l)* Suministro infiel o indebido de sustancias medicinales (art. 204, C.P.). *ll)* Suministro indebido culposo de sustancias medicinales (art. 204 bis, C.P.) *m)* Incumplimiento de deberes para evitar el suministro infiel o indebido de sustancias medicinales (art. 204 quater, C.P.). *n)* Producción o fabricación indebida de sustancias medicinales (art. 204 ter, C.P.). *ñ)* Venta de sustancias medicinales sin autorización (art. 204 quinquies, C.P.). 2. Recomendaciones de buenas prácticas: A. Por otra parte, y “con la misma finalidad de precaver conflictos jurisdiccionales, en consideración a la doctrina judicial del Alto Tribunal”, dispone la Acordada en cuestión, que antes de declararse incompetentes por conexidad subjetiva con otra causa tramitada ante la justicia federal por delitos vinculados con infracciones a la ley 23.737 (art. 3º, ley 26.052 modificatoria de la ley cit.), los tribunales provinciales deberán previamente constatar que este proceso se encuentre en trámite y en paridad de etapa, toda vez que las reglas de conexidad se encuentran inspiradas “en asegurar una más expedita y uniforme administración de justicia” evitando así acumulaciones inconducentes, como sucedería si en sede federal se hubiera dispuesto el archivo, sobreseimiento, o la

causa se encontrara elevada a juicio, mientras la causa tramitada en sede provincial estuviese aún en la investigación preparatoria o, inversamente, en una etapa más adelantada que la que cursa en el fuero federal. Asimismo, recuerda el alto cuerpo provincial, que si bien en caso de duda sobre la competencia, prevalecerá la justicia federal (art. 4º, ley 26.052 modificatoria de la ley 23.737), reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha rechazado la prematura declinatoria de la jurisdicción provincial cuando no se encuentra precedida de una investigación que proporcione darle “precisión a los sucesos y determinar las calificaciones que le pueden ser atribuidas, pues solo en relación con un delito concreto es que cabe pronunciarse acerca del lugar de su comisión y respecto del juez a quien le corresponde investigarlo y juzgarlo”. Por último, coincide en calificar como omisión que provoca un notable perjuicio para la administración de justicia, la falta de realización de medidas urgentes (como el registro de la vivienda) inclusive, el hacer cesar el delito.

4. Conflictos de jurisdicción en la competencia desdoblada

La reforma del art. 34 de la ley 23.737 previó desde su comienzo que la justicia federal intervendrá cuando la causa en principio provincial tuviere conexidad subjetiva con otra sustanciada en el fuero de excepción y que, en caso de duda sobre la competencia, prevalecerá esta última (art. 4º). Pero aún con esta regla, que pareciera ser la panacea para solucionar los problemas de jurisdicción que se planteen, la cuestión seguramente no se agota, y muy probablemente puedan surgir conflictos entre la justicia ordinaria y la federal.⁷⁷ En este sentido, y constituye una ventaja

⁷⁷ Con agudeza observan Zurueta y Grisetti que “la ley no aclara si la causa tramitada ante el fuero de excepción debe ser por un delito vinculado con el tráfico de estupefacientes —en su acepción más amplia— o si también admite la acumulación con una causa por otro delito de competencia federal (v. gr., falsificación documental, tráfico de personas, falsificación de moneda, etc.). Tampoco nada dice acerca de la hipótesis que puede presentarse cuando sean varios los imputados de un delito por la ley de drogas y uno solo de ellos tenga una causa abierta en pleno trámite ante la justicia federal”. Tras citar las posibles soluciones que brinda Tazza (que no procede la acumulación ya que la conexidad subjetiva no es total sino parcial; que resulta procedente ya que la ley no distingue si se trata de uno o de todos los imputados; que sea procedente solo respecto del imputado que tiene la causa en trámite en la justicia federal y no respecto de los

para las jurisdicciones sumadas al desdoblamiento, ya existe una casuística importante en los antecedentes dirimidos por la Corte Suprema, como por ejemplo, en una contienda de competencia que se suscitó cuando un juez provincial bonaerense rechazó el envío de una causa que le hizo su par federal, argumentando que había dudas sobre el encuadre de tenencia simple que había hecho este último, planteo que fue rechazado por el Alto Tribunal.⁷⁸ Es decir, que ni siquiera la mera invocación de una duda puede garantizar que no haya problemas de competencia. Precisamente porque a pesar de las reglas precedentes igualmente siguieron surgiendo problemas de jurisdicción, en 2019 se sancionó la ley 27.502 para reducir aún más el margen de conflicto y establecer una solución mientras se dirime. En tal sentido, dispone que sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 34 de la ley 23.737, conocerá la justicia federal cuando la causa tuviere conexidad subjetiva y/u objetiva con otra sustanciada en dicho fuero; y que si se genera una contienda de competencia, la investigación quedará a cargo de la justicia federal hasta que se resuelva (art. 3º). Con esto último se pretende evitar que planteada la cuestión quede la causa en un limbo hasta que la Corte Suprema la resuelva, o que durante ese tiempo sea tramitada avanzadamente por quien al final resulta incompetente. Todo esto se relaciona con una serie de episodios en los que el fuero provincial tomaba conocimiento de hechos que claramente excedían su competencia (p. ej., que involucraban muchos kilos de estupefacientes), el federal rechazaba avocarse, la provincia instruía y elevaba a juicio, y para cuando se resolvía el conflicto en el alto tribunal, el proceso que en todo ese tiempo

otros imputados que seguirán con la causa tramitando ante la justicia provincial) Agregan que independientemente de ello, “no será precedente la acumulación por conexidad subjetiva cuando se haya dictado sentencia en el ámbito federal respecto del proceso penal anterior” y tampoco, “pese a lo que reza el texto legal, cuando ello implique generar una demora incompatible con la finalidad del instituto de la acumulación de causas” (art. 43, CPPN) (ZURUETA, Federico, y GRISSETTI, Ricardo: “El narcomenudeo y la competencia”, *DJ*, 5/10/2016, p. 1).

⁷⁸ “Es competente la justicia provincial para tramitar la causa seguida por infracción a la ley 23.737 si, más allá del objeto inicial de la investigación, a lo largo de la instrucción, la imputación legal se sustentó en el art. 14 de la ley citada, ya que la tenencia simple, prevista y reprimida en el primer párrafo de la norma, quedó exenta de la jurisdicción federal de acuerdo al art. 2º de la ley 26.052” (CSJN, 20/2/2007, “Castro” en adhesión al dictamen del Procurador, *La Ley on line*).

podría haber tenido sentencia, pasaba a la órbita de excepción. Sin embargo, es probable que la justicia federal interprete que esa cláusula se aplica únicamente a los conflictos sobre acumulación interjurisdiccional por conexidad entre causas, y no a los planteos que tengan por objeto una sola investigación, ya que el párrafo que la establece viene a continuación del inicial que se refiere a la conexidad de distintos procesos. Además, los antecedentes de dicha ley (proyecto y discusión), aunque muy escuetos, versan sobre la modificación de la competencia cuando hubiere conexidad subjetiva u objetiva de una causa provincial con otra sustanciada en sede federal (HCD., Orden del día N° 1016, 5/4/2019). Si esta diferencia de interpretación se suscita, será la Corte Suprema la que deba fijar el alcance correcto de la disposición.

Una cuestión muy frecuente es la delimitación entre la tenencia simple de estupefacientes —art. 14, ley 23.737— (provincial) y el almacenamiento o transporte —art. 5º, inc. c— (federal). Porque como nuestra legislación antinarcóticos no contiene una tipificación o tabulación por cantidades, esto forma parte de un elástico ámbito de apreciación judicial, que varía de tribunal a tribunal. Y existe un amplio abanico de casos limítrofes entre unas y otras. Entonces, puede pasar muchas veces que en una requisita o control policial, se encuentre que una persona lleva 300 o 400 grs. de marihuana o cocaína y surgirá la discusión: ¿es tenencia o transporte? O bien que ocurra lo mismo durante un allanamiento por otro motivo; ¿será tenencia o almacenamiento?.

Como no existe una línea divisoria, o al menos es muy difusa, es interesante la creación de mecanismos de consenso o coordinación que permitan superar posibles diferencias entre las jurisdicciones involucradas. Por ejemplo, la creación de canales de comunicación fluidos, o reuniones periódicas entre los actores involucrados o que se acuerde entre ellos (fiscales federales y provinciales del fuero antidrogas, inclusive secretarios) algunos criterios o pautas objetivas de división del trabajo (v. gr., fijar cantidades que marquen el límite). Esto no resulta complicado si se tiene en cuenta que generalmente en cada lugar son pocos los involucrados para las tratativas (p. ej., en la ciudad de Córdoba solo son tres fiscales federales y dos provinciales los que deberían conversar el tema). Igualmente, todo indica que al existir cuestiones limítrofes y nebulosas en la difusa línea divisoria de las jurisdicciones federal y provincial, en la práctica es inevitable que se susciten algunos planteos al respecto. Y siendo dificultosa la

resolución atento a que el superior común es la Corte Suprema, lo ideal sería el establecimiento de un sistema de consenso entre ambos órdenes para no llegar a la resolución remota del conflicto.

Finalmente, bueno es recordar que de implementarse la reforma, solo podrá aplicarse a causas futuras, quedando bajo la órbita federal las que ya se encuentran en trámite.⁷⁹

5. Casuística sobre conflictos de jurisdicción y competencia

La puesta en marcha de la desfederalización en la provincia de Buenos Aires trajo aparejados reiterados conflictos de actuación, muchos de los cuales fueron resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esto significó una ventaja para las provincias que se incorporaron varios años después al régimen desdoblado de persecución y represión de los estupefacientes, ya que contaban con un panorama casuístico importante.⁸⁰

Los criterios más sobresalientes que surgen de las decisiones de la Corte Suprema y dictámenes de la Procuración General de la Nación con motivo de la desfederalización, son los siguientes:

La competencia penal por razón de territorio resulta improrrogable (*Fallos*, 323:867), y se determina atendiendo al lugar donde se ha consumado el delito (*Fallos*, 249:162; 253:432; 265:323, 317:1330, entre otros).

La contienda negativa de competencia presupone que los jueces entre quienes se suscita se la atribuyan recíprocamente (CSJN, *Fallos*, 326:908, 3541, 4019 y 327:1453).

Las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia de los jueces son de orden público y, en consecuencia, aún en caso de silencio de ellas, se aplican de inmediato, incluso a las causas

⁷⁹ “Resulta competente el fuero federal para entender en una causa en la cual se investiga la presunta comisión del delito consignado en el art. 204 quáter del C.P. —comercialización de medicamentos sin la debida autorización—, pues, si bien el tipo penal en cuestión pasó a la órbita de la justicia local a partir de la adhesión de la provincia de Buenos Aires a la ley 26.052, dicho régimen no es aplicable a los procesos anteriores a su vigencia conforme a lo previsto por el art. 7º de la citada norma” (CSJN, “Destéfano”, 19/12/2006 en adhesión al dictamen del Procurador, *LL*, 23/2/2007, p. 7).

⁸⁰ Una completa recopilación sintetizada puede consultarse en ARAMAYO SÁNCHEZ, Maximiliano: “Criterios de competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Procuración General de la Nación”, en *Fuero de lucha contra el narcotráfico*, 2ª ed. Alveroni, Córdoba, 2013.

pendientes, siempre que no importe privar de validez a los actos procesales ya cumplidos conforme a las leyes anteriores (CSJN, *Fallos*, 324:2334 y 2338; 12/12/2006, “Farmacia s/suministro infiel de sustancias medicinales”).

Las medidas instructorias realizadas por la justicia nacional importaron asumir la competencia (*Fallos*, 323:1731, 324:2086 y 326:330) y que su declinatoria constituye el inicio de una nueva contienda, respecto de la cual la justicia nacional debe ser considerada previniente, y recién habría quedado correctamente trabada en caso de insistencia de ese tribunal (*Fallos*, 231:237; 236:126 y 528; 237:142; 311:1388).

Compete al magistrado local asumir su jurisdicción e incorporar al proceso los elementos de juicio necesarios a fin de conferir precisión a la *notitia criminis* y resolver, luego, con arreglo a lo que resulte de ese trámite (*Fallos*, 323:1808 y 325:265; 12/12/2006, “Farmacia s/suministro infiel de sustancias medicinales”); A la declinatoria del magistrado federal debe precederle la necesaria investigación común a toda cuestión de competencia (12/12/2006, “Matoso”; 20/2/2007, “Olie”).

Solo con relación a un delito concreto es que cabe pronunciarse acerca del lugar de su comisión y respecto del Juez a quien compete investigarlo y juzgarlo (*Fallos*, 308:275, 315:312, 323:171 y 3867).

La ley 26.052 mediante su art. 4º estableció que en caso de duda sobre la competencia, prevalecerá la justicia federal. Ese principio solo puede aplicarse una vez que se ha determinado y comprobado la existencia de un delito concreto y no respecto de una investigación en la que aún no se ha corroborado la existencia de un hecho ilícito (*Fallos*, 308:275, 315:312, 323:171 y 3867). Tal es la situación que se presenta en el caso en que aún no se ha establecido fehacientemente si en el domicilio indicado por el personal preventor, se cometen los delitos objeto de investigación, ya que sin perjuicio de las tareas de vigilancia, no se ha practicado diligencia alguna que permita precisar su adecuada calificación que, por otro lado y de acuerdo con la denuncia encontraría su adecuación típica en el art. 5º, último párrafo, de la ley 23.737, que según la modificación introducida por la ley 26.052 a su art. 34 es de competencia de la justicia local (CSJN, 21/11/2006, “Presunta infracción art. 5º inc. a) de la ley 23.737”, Comp. 294 L.XLII).

La forma defectuosa de plantear el conflicto no obsta su pronunciamiento cuando razones de economía procesal y del buen

servicio de justicia autorizan a prescindir de ese reparo formal (CSJN, *Fallos*, 311:1965 y 321:602; 12/12/2006, “Farmacia s/su-ministro infiel de sustancias medicinales”).

Si las maniobras a investigar han tenido desarrollo en distintas jurisdicciones territoriales, la elección del juez competente debe hacerse de acuerdo a lo que resulte más conveniente desde el punto de vista de una más eficaz investigación, mayor economía procesal y mejor defensa de los procesados (CSJN, 15/3/2005, “Álvarez”).

Las reglas de acumulación por conexidad solo pueden invocarse en conflictos en los que participan jueces nacionales (*Fallos*, 312:234; 314:374; 316:2378, 322:3264) y la excepción prevista en el art. 3º de la ley 26.052 rige solo respecto de las causas en trámite por ante la justicia federal, que tiene carácter prioritario según se desprende de la propia ley (CSJN, 17/6/2007, “N.N. la peruana Isabel y otro”, Comp. 249 L.XLV).

En un caso de comercio y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en el que se secuestró marihuana y cocaína fraccionada en pequeñas dosis, se consideró incluido el último delito dentro de la jurisdicción provincial, a pesar de no estar expresamente previsto en la normativa. La Corte entendió que en la ley 26.052 (promulgada de hecho el 30/8/2005) la asignación a favor de la justicia provincial no se encuentra prevista para todos los tipos penales de la ley, sino que esta reserva para la justicia federal los delitos que pertenecen al contenido del art. 116 de la C.N., es decir, los hechos tipificados en la ley 23.737 que se vinculan con el tráfico ilícito y que la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas que en su art. 3º se encarga de enumerar, que superan el límite de lo común. De esta forma, “el resto de las figuras que pudieran lesionar el físico o la moral de los habitantes y que importen en definitiva un menoscabo en el bien jurídico protegido “la salud pública” son ajenas al derecho federal (conf. del Mensaje del Poder Ejecutivo de la Nación al enviar al Honorable Congreso de la Nación el proyecto de ley de fecha 21/5/2004). De acuerdo con esa inteligencia, y respecto al comercio de estupefacientes, fueron dejados fuera de la jurisdicción federal los hechos puntuales que significarían el último eslabón de la cadena de comercialización, con principal fundamento, además, en la inmediatez con la que puede actuar en esos casos la justicia local en el interior del país (Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores del día 6/10/2004, opinión de la senadora Escudero). Recordó el Tribunal

que para una definición más precisa de ese concepto el Senado impuso su criterio acerca de la necesidad de adoptar una pauta objetiva de distinción con base en el fraccionamiento en dosis destinadas al consumo, a fin de evitar la vaguedad y subjetividad que se asignó al término de escasa cantidad que, como modificación, había introducido la Cámara de Diputados al considerar el proyecto (Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores del 27/7/2005, opinión de la senadora Escudero). Concluyó la Corte que atento que la primera regla de interpretación de las leyes es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de su letra o su espíritu (*Fallos*, 150:150), y que en el caso la forma en que se hallaba acondicionado el material estupefaciente objeto de secuestro se ajusta a esa pauta objetiva de valoración, la justicia provincial debe continuar conociendo en la presente causa, sin perjuicio de lo que pueda surgir del avance de la investigación (CSJN, 27/12/2006, “Echevarría”, Comp. 130 L. XLII).

En un caso en que se secuestraron en poder del imputado capullos, tallos y hojas de marihuana por un peso de 21.137 grs, dinero, un frasco con la inscripción “tintura cannabis” y 142 semillas de distintas especies, la Corte resolvió a favor de la jurisdicción provincial, abarcando inclusive la figura de facilitación de lugar para el consumo porque “el art. 10 de la ley 23.737, en su primer párrafo in fine, reprime esa conducta destinada a la comisión del delito abarcado en el art. 14 de esa misma ley y que, tal como lo establece la ley 26.052 no surte la jurisdicción federal (conf. Competencia nº 827 L. XLV *in re*: “Ovando Servin, Manuel y Cabrera, Luis Fernando si inf arts. 5º, inc. c, y 14 ley 23.737”, resuelta el 6/7/2010), en consecuencia, también debe ser la justicia local la que entienda en relación con este hecho” (CSJN, 14/2/2012, “Basso”, Comp. 838, L. XLVII).

Sobre un procedimiento en el que se sorprendió a una persona portando en su mochila 200 grs. de marihuana se dijo que la tenencia simple de estupefacientes quedó exenta de la jurisdicción federal por lo que el conflicto debe decidirse de acuerdo con la real naturaleza del delito y las circunstancias especiales en que se ha perpetrado, según pueda apreciarse *prima facie* y con prescindencia de la calificación que le atribuyan, en iguales condiciones, los magistrados en conflicto (conf. Competencia nº 755, L. XXXVI, *in re* “Mercader, Alejandro Claudio s/tentativa de robo”, resuelta el 14 de septiembre del 2000). “Al no existir elementos suficientes que permitan inferir que el estupefaciente incautado tenía otro destino,

que excediera la mera tenencia, debe continuar conociendo en la presente causa el juzgado provincial” (CS, remitiendo al dictamen de la PGN 28/6/2006, “Falcón”, 14/8/2007, Comp. 342 L. XLII). Lo mismo se resolvió frente al hallazgo de 425 grs. de marihuana (CSJN, 14/8/2007, “Juárez”, Comp. 159 L. XLIII).

En actuaciones labradas por el hallazgo de 350 gramos de cocaína, que según el juzgado provincial encuadraba en el delito de transporte de estupefacientes (federal), la Procuración General entendió que debía rechazarse el planteo porque “más allá de la calificación esbozada por el magistrado local, atento que en la declinatoria no se ha invocado elemento de juicio alguno que permita inferir que el estupefaciente incautado tenía otro destino, más allá de la mera tenencia, debe conocer en la presente causa el juzgado provincial, sin perjuicio de lo que surja del avance de la investigación (conf. Competencia n° 660, L. XLII, *in re* “Castro, Juan Carlos s/infracción a la ley 27.737” resuelta el 20/2/2007)” (dictamen del Procurador General de fecha 6/3/2007, “Tuminiello”, Comp. 1481 L. XLII).

En el secuestro de droga no fraccionada la Corte dijo que “tal como se sostuvo al interpretar la ley 26.052 en el precedente Comp. N° 130.XLII “Echevarría, Susana P. s/infr. ley 23.737”, resuelto el 27/12/2006, fueron dejados fuera de la jurisdicción federal los hechos puntuales que significarían el último eslabón de la cadena de comercialización de estupefacientes”, por lo que se declara que deberá entender la justicia provincial (CSJN, 4/9/2007, “Salazar”, Comp. 264 L. XLII). En tanto que en otro caso en que en el marco de una investigación por narcomenudeo provincial se secuestraron más de 40 kilos de marihuana y 300 grs. de cocaína, el juzgado federal rechazó la remisión argumentando que era el último eslabón de la cadena, dictaminando la Procuración General que correspondía intervenir al fuero de excepción porque “si bien no se han advertido por el momento movimientos compatibles con el comercio de estupefacientes a gran escala, la gran cantidad de sustancias secuestradas, y la forma en que estaban acondicionadas, no permiten afirmar que estuvieran destinadas a un consumo inmediato” (“L., C.L.”, 1°/11/2016, CSJ 810/20 16/CS 1).

La Corte ha resaltado la necesidad de realización de una investigación adecuada y de las medidas urgentes antes de plantear el conflicto: “el registro de la vivienda, no solo hubiera permitido suplir ese defecto, sino hacer cesar la comisión del presunto hecho ilícito. Esa omisión ha provocado así un notable perjuicio para la

buena administración de justicia que debe ser evitado en lo sucesivo (conf. Competencia n° 1821, L.XXXVII *in re* “Rozas, Gustavo Ricardo si robo de automotor”, resuelta el 7/12/2001)” (CSJN, 24/8/2006, “Sanz”, Comp. 358 L. XLII).

Con la elevación de la causa a juicio y el sobreseimiento de los imputados en sede federal, cesa la posibilidad de establecer conexidad objetiva y subjetiva con aquella (conf. Competencia n° 665, L. XLIII *in re* “Romero, Carlos Darío s/infracción a la ley 23.737” resuelta el 8/4/2008), por lo que corresponde al juez local continuar con la investigación (CSJN, 10/11/2009, “Lovisolo Gamarino”, Comp. 393 L. XLV).

En un caso en que el juez provincial se declaró incompetente al sostener que la causa tenía conexión con la que se encontraba en trámite por ante el fuero de excepción, toda vez que se investigaba el mismo domicilio y a las mismas personas; y el juez federal lo rechazó considerando que en su sede no se había corroborado la existencia del tráfico de estupefacientes, ni se habían llevado a cabo detenciones, mientras que el declinante había dictado la prisión preventiva de los imputados, la Corte dijo que no se presentaba una situación que habilite la aplicación de las reglas de conexidad previstas en el art. 3° de la ley 26.052, toda vez que existe una identidad de objeto, en razón de que ambas investigaciones se centran en la presunta comercialización de estupefacientes, por parte de las mismas personas y en idénticos domicilios, por lo que resulta competente la justicia provincial ya que “la aplicación al caso de la norma en que se sustenta la declinatoria perjudicaría los fines para los que fue creada pues, en el juzgado provincial la causa se encuentra en pleno trámite mientras que en el juzgado federal ni siquiera se comprobó fehacientemente la existencia del delito” (CSJN, 2/6/2009, “Ruiz Moreno”, Comp. 178 L. XLIV, “Comisaría Primera de Berazategui s/denuncia”).

Frente a la conexidad subjetiva de un imputado de tenencia simple ante la justicia provincial que registra una causa en trámite por drogas ante la Justicia Federal, la Corte sostuvo que debía intervenir en ambas el fuero de excepción, porque la regla que impide la acumulación entre distintas jurisdicciones cede frente a la norma establecida en el art. 3° de la ley 26.052, en tanto “la aplicación de las reglas de conexidad están inspiradas en asegurar una más expedita y uniforme administración de justicia (*Fallos*, 311:695; 311:1514 y 1515; 312:645 entre muchos otros), sin que por lo tanto tampoco resulte aplicable en estos supuestos la limitación

establecida por el art. 7º de la ley 26.052” (CSJN, 10/4/2007, “López”, Comp. 797 L. XLII; 27/6/2007 en “Luna”, Comp. 890 L. XLII; 18/8/2009, *Fallos*, 332:1957, “Cagnetta”, Comp. N° 796.XLIII). En otro caso se agregó que la regla del art. 3 citado que prevé la acumulación “también tiene como fin evitar que se frustren investigaciones, “[...] fundamentalmente por su complejidad, y advertir que la competencia puede generar un problema, como en el caso del vínculo entre el narcotraficante, su red de distribución y su red de consumidores. Obviamente, la unificación de la competencia va a permitir identificar, a través del consumidor, al distribuidor correspondiente y a la red principal que provee la droga, o sea, al narcotraficante” (conf. discurso del senador Capitanich del día 6 de octubre de 2004, Diario de Sesiones, p. 17), situación que no se advierte en autos, toda vez que en ambas investigaciones el delito imputado es el de tenencia simple de estupefacientes, sin que surja del legajo elemento alguno que permita inferir que se pueda desprender una investigación mayor, por lo tanto corresponde al juez local” (CSJN, 20/11/2007, “Saavedra”, Comp. 519 L.XLII).

En un caso en que el imputado de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en sede provincial declaró como arrepentido aportando datos de sus proveedores y de las intervenciones telefónicas ordenadas en su consecuencia surgía la posible comercialización de estupefacientes en otra jurisdicción territorial, la Corte dijo que el hecho de que “las causas se tramiten en forma independiente no es óbice para que en el momento procesal oportuno, el encausado que colaboró con la investigación judicial obtenga el beneficio previsto en el art. 29 ter de la ley 23.737”, por lo que “corresponde al magistrado nacional con jurisdicción en el lugar donde se llevaría a cabo el comercio ilícito de estupefacientes, conocer en la causa” (CSJN, 4/8/2011, “Ayudantía Fiscal Departamental”, Comp. 349, L. XLVII).

En un procedimiento por el hallazgo de droga y una granada, se dijo que “tales circunstancias también determinan la conveniencia de que la investigación de la causa quede a cargo de la justicia nacional (conf. *Fallos*, 261:215; 271:60; 308:1720), atento la estrecha vinculación entre ambos hechos (véase Competencia n° 1569, L. XL *in re* “Comisaría San Julián s/investigación presunta infracción” resuelta el 5/4/2005), más aún si se tiene en cuenta que son el resultado de una única investigación. En ese sentido, la justicia local debe ceder su intervención en la causa originariamente instruida por infracción a la ley 23.737 (conf. Competencias

N° 791 L.XXXV, *in re* “Servicios Logísticos Multimodales S.A. s/ contrabando” y N° 143 L.XXXVII, *in re* “Donadon, Miguel Juan s/ denuncia”, resueltas el 23/5/2000 y el 24/4/2001, respectivamente) a favor de la justicia federal” (CSJN, 13/5/2008, “Colman”, Comp. 26 L. XLIV).

Durante una investigación dirigidas tanto al vendedor al menudeo como a su proveedor en la que se secuestró 30 kgs. de marihuana, balanza, armas y municiones, la Corte se pronunció por la jurisdicción federal señalando que “no obsta a esa solución la ausencia de dictamen pericial respecto de la droga a la que hace mención el agente fiscal, ya que obran en autos las pruebas orientativas que arrojaron resultado positivo”. Y “respecto de las armas secuestradas, más allá de la calificación que finalmente se adopte, por aplicación de la doctrina establecida en la Competencia n° 452 L. XLIII *in re* “González, Bernardino y otro, si infracción a la ley 23.737” con fecha 8/4/2008, también debe conocer el fuero de excepción” (CSJN, 8/6/2010, “Gaiamo”).

La Corte se ha pronunciado sobre el delito de confabulación previsto en la ley de estupefacientes, en un caso en que se secuestraron en poder del imputado 10 trozos compactos de marihuana (1086 grs.). Argumentó que “la incorporación de la figura de la confabulación en la ley 23.737 tuvo por objeto adelantar la intervención del sistema penal a momentos del *iter-criminis* anteriores a la tentativa, y responde a la adecuación de la norma interna a la Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1961, que expresamente la contiene en su art. 36 (art. 22 del “Convenio sobre sustancias sicotrópicas” de 1971, y el art. 3º de la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas” de 1988)... reprime actos preparatorios (concertar o confabular) destinados a la comisión de alguno de los delitos abarcados por los arts. 5,6,7,8, 10 y 25 de la ley 23.737, y 866 de la ley 22.415, y entre los que pueden encontrarse aquellos que, como en el caso, al reunir las condiciones previstas en los arts. 10 y 2º de la ley 26.052 no surten la jurisdicción federal...en la medida que esos hechos se vinculan con conductas que no afectan el interés federal, tampoco puede considerarse que lo perjudiquen los actos anteriores a su ejecución que contempla el art. 29 de la ley 23.737. La confabulación es de aquellas infracciones que se denominan “progresivas” en las que el proceder del agente va recorriendo diferentes transgresiones jurídicas de creciente gravedad y respecto de las cuales la punición

del grado más avanzado comprende el contenido del injusto de los pasos previos (*Fallos*, 330:261), por todo lo cual corresponde declarar la competencia de la justicia local (conf. Competencia n° 611, L. XLIII *in re* “Constante, Ramón Ceferino s/infracción a la ley 23.737” con fecha 26/2/2008)” (CSJN, 6/7/2010, “Ovando Servín”, Comp. 827 XLV).

También se ha declarado de jurisdicción ordinaria el hallazgo de estupefacientes en pequeñas cantidades en poder de un interno en una cárcel federal, dado que “no surgen elementos de juicio suficientes que indiquen que el hecho haya podido afectar el normal desenvolvimiento del Servicio Penitenciario Federal” (CSJN, 4/9/2007, “Chávez”, Comp. N° 163. XLIII). Igual solución se dio para el suministro o entrega de estupefacientes agravada por realizarse en un establecimiento carcelario, “atento, que el art. 11 de la ley 23.737 fija circunstancias agravantes especiales a las figuras previamente establecidas cuya esencia no modifica, y entre las que se encuentran aquellas que, al reunir las condiciones previstas en los arts. 1° y 2° de la ley 26.052 no surten la jurisdicción federal” (CSJN, 26/2/2008, “Constante”; en igual sentido para la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravada por el art. 11 de la ley 23.737, 27/11/2007, “Tévez”, Comp. 492 L. XLIII).

Sobre los problemas de competencia territorial dentro de una determinada jurisdicción, ver cuarta parte, capítulo I, punto VII, “Procedimientos en distinta jurisdicción o competencia”.

6. Pro y contras de la provincialización

Si de eficacia en la lucha contra la venta de drogas al menudeo se trata (en términos de agilidad de procedimientos, cierre de kioscos, secuestro de estupefacientes y detención de autores), la experiencia indica que la reforma bien implementada puede tener resultados positivos. Sobre todo cuando va acompañada de aumento de recursos, establecimiento de fuero específico, creatividad o variación en las técnicas de investigación (ya sea en su adaptación al tipo de caso, en la desburocratización o simplificación). El tema no es menor porque la proliferación de puestos genera un entendible y razonable malhumor social en el sector donde sucede, una irritación producto de que a la mayor parte de la población le desagrada tener un kiosco de droga al lado de su casa.

La existencia de órganos especializados para intervenir solo en los delitos desfederalizados, concentra esfuerzos y atención en la temática. Por el contrario, en los juzgados y fiscalías con competencia amplia para muchos tipos de delitos, en los lugares con gran cantidad de causas suele haber casos que tienen prioridad sobre otros. Esto se potencia en los juzgados federales del interior “multifueros”, donde el juez es penal, civil, previsional, tributario, laboral, etc. Además, cuando un mismo órgano interviene en todos los delitos de estupefacientes, suele darse un efecto por el cual se produce un desinterés por los casos “más chicos”, ya que la comparación permanente con los “más grandes” tiende a minimizar o subestimar los primeros.

Permite concentrar información y un abordaje coordinado con la atención sanitaria de los consumidores, y el fenómeno de la delincuencia común asociada a la tenencia y venta de drogas, sea exteriorizable (robos, homicidios, entre otros), o propia de ámbitos cerrados (violencia doméstica,⁸¹ sexual, etc.).

Merece destacarse también entre las ventajas de la desfederalización, el impacto que tiene en el interior provincial. El notorio mayor despliegue territorial de la justicia provincial comparado con el más limitado de la federal, pueden producir un acercamiento entre “el hecho”, la sociedad y la justicia, imprimiéndole más rapidez a los trámites, como la emisión de allanamientos, órdenes de requisa, directivas, disposiciones sobre la libertad de aprehendidos, etc. Por otra parte, el hecho de que en algunos pueblos pequeños solo sean muy pocas las personas que venden sustancias prohibidas,

⁸¹ Así explica el fenómeno un reconocido periodista especializado en narcotráfico: “la droga genera violencia tanto en las calles como dentro de los hogares. Una realidad que lejos está de responder a este factor de manera directa, sino que se conjuga con todo un contexto estructural más profundo. Para que se entienda: así como mayor pobreza no significa directamente que haya más droga, un elevado índice de consumo de sustancias tóxicas no se puede asociar de manera unívoca con una explosión de violencia, sino que para que estos factores se asocien es necesario que aparezcan otros. “Buena parte de la violencia que se relaciona con las drogas viene por el tema del comercio, por el hecho de ser un mercado ilícito”, supo remarcar el sociólogo Javier Auyero, quien desde hace años analiza cómo surge la violencia en los márgenes de la sociedad. En ese punto, Auyero concluye en sus estudios de campo que en algunos sectores la violencia se “derrama” desde la calle hacia el interior de los hogares” (FEDERICO, Juan: “Cuando la violencia y la droga hacen estragos dentro del hogar”, *La Voz del Interior*, 15/3/2019).

puede generar que, cuando sean perseguidos, a los compradores del lugar se les dificulte conseguir para continuar consumiendo.

La eficiencia y la optimización de recursos en la persecución contra los pequeños vendedores, puede tener una incidencia positiva en la de los traficantes a mayor escala, ya que, además de ver dificultado su negocio cuando se reducen las personas dispuestas al comercio minorista y ser una vía de información, se aprovechan mejor los recursos y se pueden destinar mayores esfuerzos investigativos de hombres, medios y tiempos hacia los narcos con superior responsabilidad.

Como argumento en contra, el de mayor peso que suele argumentarse es que el fraccionamiento o división caprichosa de las investigaciones hace perder la visión de conjunto de un fenómeno integral con la consecuente pérdida de información o frustración de procedimientos. Según expone Carlos Lascano, “destacados especialistas en la materia formularon duros cuestionamientos a la ley que permite desfederalizar la investigación y el juzgamiento de algunos delitos incluidos en el régimen penal de estupefacientes; entre ellos, menciono a Abel Cornejo, quien en el prólogo a la segunda edición actualizada de su conocido libro sobre “Estupefacientes” (2009), afirma que sus “nefastos efectos ya se están viendo, pues lo único que aportó es mayor confusión y conflictos de competencia... se sigue creyendo que con más fuerzas policiales o de seguridad se solucionará el problema, y nadie plantea que podría realizarse un Pacto Federal sobre Seguridad y Narcotráfico, donde una sola fuerza especializada, capacitada y bien paga sea la encargada de investigar sus crímenes. No importa renunciar al federalismo que todas las provincias argentinas adopten esta solución, porque lo único que importa es que los ciudadanos tengan una mejor calidad de vida, que desde luego se torna ilusoria si perciben inseguridad”.⁸²

También por el lado crítico, un estudio de la Procuraduría de Narcocriminalidad advirtió “de modo temprano que la creación de una competencia mixta traería aparejado todo un conjunto de situaciones problemáticas y que fundamentalmente su ejercicio, en el contexto fáctico de aplicación, implicaría el empoderamiento de las policías provinciales por sobre otras agencias del Estado que,

⁸² LASCANO, Carlos J.: *Desfederalización del juzgamiento de algunos delitos de narcotráfico*, Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, p. 3.

como consecuencia de esta ley, verían disminuida su capacidad para establecer definiciones sobre política criminal coordinadas, efectivas y acordes con criterios de seguridad democrática; desde la perspectiva de la competencia federal la posibilidad de acceder al conocimiento de ilícitos más complejos se ha reducido significativamente”.⁸³

Respecto a la multiplicidad de conflictos de competencia que dificulten la aplicación de la ley, ya expusimos que las experiencias más recientes no pasan por ese problema, en parte porque la Corte Suprema ha ido delineando una importante casuística.

Hay supuestos en que ciertos delitos menores de la ley de estupefacientes pueden tener connotación estrictamente local (p. ej., siembra, cultivo y microventa en el lugar). Pero lo cierto es que esta delincuencia como fenómeno más grave, involucra distintos segmentos que hacen a la visión integral. En este aspecto, el quiebre o atomización de la información en la investigación es el punto más débil de la desfederalización, sobre todo cuando se dividen las fuerzas policiales. Esto se pudo observar en Córdoba. La policía provincial prácticamente monopolizaba las pesquisas, porque la mayor parte de los casos provenían de esta institución, con una incidencia mucho menor de otras agencias nacionales (Policía Federal, Gendarmería, Policía Aeroportuaria). La primera etapa de la provincialización se llevó a cabo superando este problema al que apuntan las críticas. La Dirección General de Lucha contra el Narcotráfico, más conocida como “Drogas Peligrosas” tenía unos 400 efectivos divididos en brigadas que investigaban narcomenudeo (provincial) y otras que hacían lo mismo con los hechos más complejos (federal), centralizando la información. De esta manera, los datos útiles que ingresaban, podían ser utilizados para todas las áreas. Al mismo tiempo, se lograba con esa división que los recursos no se distrajeran solo en perseguir microventas restándole esfuerzo a lo más grande. En la primera etapa de la provincialización se advirtió un aumento de “cierres de kioscos” y avances significativos en casos de mayor escala (bandas, narcos conocidos, aumento de cantidades de droga incautadas) que ter-

⁸³ Ministerio Público Fiscal, “Ley de desfederalización parcial de la competencia penal en materia de estupefacientes (ley 25.052). Estudio preliminar sobre su implementación”, Buenos Aires, 2014, pp. 46/47, http://www.mpf.gob.ar/procurar/files/2014/04/Informe_Ley_de_Desfederalizaci%C3%B3n_5-5.pdf

minaron en condenas. Pero tiempo después, y a raíz de una crisis desatada por un proceso judicial a policías de esa dependencia, se creó una agencia antinarcoóticos específica, disciplinada y especialmente preparada (Fuerza Policial Narcotráfico) que, salvo excepciones, pasó a encargarse solo de los hechos de competencia provincial. Esta fuerza se ha mostrado eficaz en el ámbito de su incumbencia, pero la valiosa información obtenida no fue aprovechada por los organismos federales, sobre todo en sus primeros años, principalmente por razones organizativas y de desconfianza institucional. Con el paso del tiempo empezó a haber un acercamiento interjurisdiccional y en 2019 la ley 27.502 dispuso crear en cada jurisdicción que haya ejercido la opción de provincializar, una mesa de intercambio de información integrada por los jueces federales, los representantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación, los fiscales provinciales y de la CABA y/o los jueces provinciales, que tengan a su cargo las investigaciones por infracción a la ley de drogas y por los representantes de la Procuraduría de Narcocriminalidad. “En dicho ámbito se intercambiarán criterios de política criminal en torno a las investigaciones y se compartirá toda la información relacionada con las causas e investigaciones en curso” (art. 34 ter, ley 23.737).

Un peligro que entraña una reforma de este tipo, es que en la denodada búsqueda de “eficacia” propia del estreno de un nuevo sistema, la respuesta penal se desborde generando injusticias e inequidades. Me refiero al peso punitivo que el poder del Estado es capaz de descargar sobre sectores muy vulnerables de la población que encuentran en la venta de estupefacientes en pequeñas cantidades una forma de subsistencia o sostén económico. No es menor este peligro, porque, por un lado, precisamente la franja de delincuencia que pasó a la órbita provincial suele tener como protagonista a este perfil de imputados.⁸⁴ Y por otra parte, el mínimo de la escala penal para la venta de drogas al por menor, puede ser muy alto para ciertos casos concretos. La flexibilidad en formas alternativas de la prisión en la cárcel (p. ej., la domiciliaria), o bien

⁸⁴ “Joven, varón, adicto, sin trabajo, sin casa, con hijos menores a cargo y una montaña de dudas sobre el futuro: este es el perfil que surgió de un estudio encarado por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) sobre más de 600 imputados por narcomenudeo, el delito de venta de drogas ilícitas que es de competencia provincial desde fines de 2012” (FEDERICO, Juan: “Antes del narcomenudeo”, *La Voz del Interior*, 4/12/2016).

los cambios de calificación hacia figuras más benignas cuando esto resulte jurídicamente viable son válvulas de atenuación permitidas que bien aplicadas pueden significar que la Justicia se saque la venda de los ojos en beneficio del débil. La pena mínima para los que venden droga puede llegar a ser muy elevada (cuatro años de prisión) cuando recae sobre personas en situación de pobreza y necesidad que comercializan muy pequeñas cantidades de estupefacientes; o en relación a semiimputables, víctimas de la adicción, etc., cuadro de características globales.⁸⁵ Así como frecuentemente en este negocio hay involucradas personas muy agresivas, violentas y peligrosas (las lesiones y homicidios vinculados no son raros), la realidad también está repleta de protagonistas que no presentan esas características y están más alejados del estereotipo del *dealer* siniestro y sanguinario, p. ej., mujeres carenciadas que son el único sostén de un hogar con muchos hijos y que llegan a los tribunales acusadas de vender un par de porros; jóvenes que venden a pares en su círculo de amistades sin mayor conciencia de su condición de “traficantes” (p. ej., los que tienen sus plantas y venden o intercambian lo producido con otros del mismo ámbito, o hacen una “polla” o “vaquita” a modo de colecta en su grupo para adquirir estupefaciente y “revenderlo” con alguna diferencia o “rescate” a los amigos). Al tratarse de un problema social, si el Estado no ocupa su rol con políticas fuertes y activas que impongan su presencia en los lugares y sectores en que está ausente y lo único que hace es aplicar una respuesta punitiva excesiva —sin desterrar las condiciones que favorecen y contextualizan el fenómeno—, genera un daño desmesurado en el tejido que a veces conduce a que otro familiar o vecino tome la posta en el puesto de venta que quedó vacante por el procedimiento policial, reemplazando al que quedó detenido cual pieza fungible del sistema.⁸⁶ Realmente en determinados lugares

⁸⁵ El estudio del antropólogo Bourgois de los años 80 que vivió varios años insertado en Harlem con los “dealers” de crack portorriqueños hizo un crudo diagnóstico del historial de segregación, pobreza, fracasos, adicciones, enfermedades, deserción escolar, conflictos familiares, de un sector de la población que sobrevive obteniendo planes de asistencia social, o evidenciando progresos económicos con atajos ilegales, o logrando un sentido de pertenencia en la integración de pandillas, etc. (BOURGOIS, Philippe: *En busca de respeto. Vendiendo crack en Harlem*, 2ª ed., Siglo XXI, Buenos Aires, 2015).

⁸⁶ “Se pueden investigar casos puntuales (y aun esas investigaciones puntuales se hacen muy difíciles en estos barrios), pero lo que no hay es un procedimiento legal extraordinario para enfrentar procesos socializados de venta de droga.

degradados y carenciados, donde no hay demasiadas opciones de futuro, estudio, trabajo, entretenimiento sano, etc., es muy difícil competir contra la tentación de ganar lo mismo en un traslado de droga de un lugar a otro que en un mes de trabajo pauperizado, si es que se tiene la suerte de conseguirlo. No hace falta demasiada ciencia para saber que a mayor carencia mayores probabilidades de arriesgarse a conductas perjudiciales. Así se lo ha reconocido desde antiguo: lo atestiguan la expresión latina “*necessitas caret leges*”, el refrán popular “la necesidad tiene de cara hereje” y la poesía de Góngora: “al necesitado en plaza, todo el mundo le es mordaza, aunque él por leñas se queje, que tiene cara de hereje, y aún fe la necesidad”. Estudios modernos exponen los mecanismos y razones por las que a veces los necesitados son más propensos a cometer ciertos delitos, a consumir más alcohol o drogas, etc., en definitiva a tomar más decisiones desacertadas (fuman más, hacen menos ejercicio, comen menos sano), señalándose que se trata de un problema de contexto y no de ineptitud. Explican que las personas actúan distinto cuando sienten la escasez, una de cuyas características es la habilidad para gestionar problemas de corto plazo (p. ej., qué vamos a cenar, como llegar a fin de mes). Pero las desventajas de la “mentalidad de escasez” son superiores a los beneficios. Entonces la escasez hace que la atención se concentre en la carencia inmediata y la perspectiva a largo plazo desaparece.⁸⁷ En Latinoamérica es visible este cuadro. Precisamente el Informe mundial alternativo sobre drogas de “Count the costs” evidencia que “los productores y traficantes de drogas ilegales buscan operar en regiones marginales y subdesarrolladas donde explotan a las

Por eso al cerrar un “kiosquito” hoy, a los dos días, se abre una nueva boca en la casa del al lado” (GARCÍA DÍAZ, Sebastián: *Favelización de Córdoba. Droga poder y burocracia*, El emporio ediciones, Córdoba, 2010, p. 60).

⁸⁷ BREGMAN, Rutger: *Utopía para idealistas*, trad. de Javier Guerrero Gimeno, Salamandra, Barcelona, 2017, pp. 58/60. Agradezco a mi hijo Santiago el aporte de esta bibliografía. Lo mismo se explica desde las neurociencias: “como se menciona en el libro *The Behavioral Foundations of Public Policy*, la escasez —sea de dinero, de tiempo, de afecto, de comida, de espacio— provoca un impuesto cognitivo: las preocupaciones y las constantes decisiones para resolver las necesidades urgentes en el corto plazo que debe tomar alguien que vive en un contexto de privación absorben recursos cognitivos involucrados en la atención, en la resolución de problemas, en el aprendizaje y creatividad, y en la capacidad de frenar los impulsos” (MANES, Facundo: “Entender la pobreza para dar pelea”, *Clarín*, 20/1/2018).

poblaciones vulnerables y mantienen a raya a autoridades débiles” y a su vez “la corrupción, la violencia, el conflicto y la inestabilidad resultantes, socavan el crecimiento social y económico e incluso pueden mantener a regiones enteras entrampadas en una espiral de subdesarrollo”. Claro está que el contexto no es el único factor del riesgo, puesto que se trata de un fenómeno complejo que implica muchas otras situaciones. El narcotráfico también se verifica en sociedades opulentas. Para citar un ejemplo, las drogas de diseño que se consumen en la fiesta europea “Tomorrowland” tienen su cadena de producción, distribución, comercialización y consumo mayoritariamente compuesta de eslabones con un buen nivel de vida o sin necesidades básicas insatisfechas. Tampoco el escenario de escasez es un determinante de conductas negativas para toda persona que lo sufre. Por eso la mayoría de las personas que viven con dificultades sobreviven llevando conductas dignas e irreprochables y muchos que tienen una vida materialmente cómoda cometen acciones perjudiciales. Los valores juegan un rol importante al respecto. Por ejemplo, la capital de Etiopía es una ciudad con millones de pobres, con bajos porcentajes de delitos comunes en urbes latinoamericanas, como son aquellos violentos contra la propiedad y la venta de drogas, lo cual se ha relacionado con las arraigadas convicciones religiosas de sus habitantes contrarias a estas prácticas.⁸⁸ Los inmigrantes que llegaron a América a fines del siglo 19 y principios del 20, huyendo de la miseria, el hambre, la intolerancia y las guerras, tenían una cultura del progreso por medio del trabajo duro y el estudio, la consolidación familiar, etc. De todas formas, está claro que la pobreza y la indigencia tienen incidencia en ciertos delitos y son factores debilitantes del sistema político y sus instituciones. En palabras del Papa Francisco: “no hay democracia con hambre, no hay desarrollo con pobreza, no hay justicia en la desigualdad”.

El art. 5º de la ley 23.737 al establecer la referida escala penal, a diferencia de otras legislaciones, no distingue al pequeño

⁸⁸ “Etiopía es uno de los países con la menor renta per cápita y con los índices de desarrollo humano más bajos del planeta, aspectos que se manifiestan en una pobreza generalizada. No obstante, los niveles de seguridad siguen siendo relativamente buenos, en comparación con otras grandes ciudades del continente, y el crimen violento es muy excepcional” (Embajada de España en Addis Abeba, 28/6/2013, <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/ADDISABEBA/es/VivirEn/Paginas/Seguridad.aspx>).

vendedor del gran narcotraficante, ni cantidades, ni tipos de droga. No es igual vender 1 gr. de cocaína que 1 kg., o 10 o 100; no es lo mismo la marihuana que el “paco” (por su diferente capacidad de afectación de la salud particular y pública), etcétera.

Como muestra de lo elevado del mínimo aludido de cuatro años de prisión para cualquier caso, bien puede hacerse un parangón con la legislación anterior a la actual. La ley 20.771 había sido gestada desde el Ministerio de Bienestar Social en 1974, en la etapa de su titular José López Rega, y en sus fundamentos decía que el tráfico ilegal de estupefacientes debía ser perseguido y reprimido hasta la aniquilación, indicándolo como atentatorios a la “seguridad nacional” y justificando la necesidad de su sanción como “un imperativo de la defensa nacional”. Bajo esas razones fijaba penas que se consideraban severas, y resulta que el mínimo para el comercio, entrega, almacenamiento, transporte, etc., era de 3 a 12 años (art. 2º), es decir, menos que ahora (4 a 15 años). No es menor la concepción de aquella época, bajo la cual se aplicaba esta normativa. Siguiendo el trabajo de Corda ya citado, la Corte Suprema, en el fallo “Colavini” de 1978 (Fallos, 300:254, reiterado en “Valerio” de 1981, 303:1215), en un caso seguido a una persona a quien se le imputaba la posesión de dos cigarrillos de marihuana, le daba una gran alarma al fenómeno, destacando el tono del párrafo quinto: “tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que azulean a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización”.

Es decir, si bajo el imperio de esta concepción la pena mínima era tres años, la actual de cuatro merece una revisión. En este sentido, desde la jurisprudencia, una puerta fue abierta por una de las salas de la casación federal al considerar inconstitucional por desproporcionada la pena mínima de cuatro años de prisión aplicada a un condenado de baja condición social, padre de varios hijos a los que tenía dificultades para mantener, por la venta y tenencia de unos pocos gramos de marihuana, y la redujo

sensiblemente,⁸⁹ fallo al que le siguieron varios más tanto en el orden federal como provincial.⁹⁰ Y ni hablar de la actualización de la pena conjunta de multa que hizo la ley 27.302 en 2016, de imposible pago para los imputados indigentes y sus familias, razón que en esos casos profundiza su desproporción exponiendo a un castigo mayor (la conversión en prisión para los que no pagan) por la menor capacidad económica. La desigualdad en el castigo penal en orden a las diferencias económicas de los condenados es algo que el derecho penal moderno ha tratado de desterrar. Recuérdese que en el proceso inquisitivo los nobles y los ricos podían eludir las penas corporales, tales como azotes y galeras, a cambio de penas alternativas —sanciones espirituales o económicas—. ⁹¹ Otro

⁸⁹ Sala II, 16/4/2013, “Ríos”.

⁹⁰ En el orden provincial se advirtió la tendencia que referíamos. En el primer caso fallado por la casación provincial fue convalidada una condena a 6 años de prisión impuesta a una pareja de carenciados por el comercio de unos pocos gramos de droga en la vivienda precaria en la que vivían en la periferia urbana con un menor que participó en la venta (TSJ Córdoba, S. n° 403, 20/10/2014, “Cejas”). Con el paso del tiempo, en fallo dividido, se declaró la inconstitucionalidad de la escala penal abstracta, por su relación desproporcionada con otros delitos de mayor gravedad y menor pena, siendo reducido pretorianamente el mínimo a tres años de prisión (TSJ Córdoba, S. n° 470, 28/10/2016, “Loyola”). En el recurso extraordinario la Procuración General dictaminó en contra (17/9/2019), considerando que no había una clara y grosera equivocación del legislador, que la ley desfederalización no creó una categoría más leve de delitos, que los tribunales no pueden fundar su ponderación “exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal”, sino que han de identificar si importan mortificaciones mayores que las exigidas por la naturaleza propia de las penas (art. 18 *in fine*, C.N.) y si “expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana” (Fallos, 314:424, consids. 7º y 8º).

⁹¹ Los tratadistas medievales se esforzaron en justificar esa realidad afirmando que no era un privilegio de las clases acomodadas sino de una concesión a los plebeyos porque “la gente vil prefiere tener rotas las carnes antes que los vestidos” (Juan de Rojas, *Singularia juris*) y “sufrir con más paciencia en sus cuerpos que en sus bienes” resultando imposible imponer sanciones pecuniarias a quienes estaban en la indigencia extrema y en ocasiones se prescindía de ellas para no reducirlos en la miseria absoluta (GARCÍA DE TRASMERA, Diego: *De polygamia III*, todos citados por GACTO FERNÁNDEZ, Enrique: “Aproximación al derecho penal de la inquisición” en *Estudios jurídicos sobre la inquisición española*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 90). La casación federal respaldó la constitucionalidad del sistema de unidades fijas de multas del reformado art. 45 de la ley 23.737,

aspecto que debería repercutir en la pena es el relacionado al tipo de droga, concretamente desde que la marihuana es de venta legal en otros países (sin ir más lejos, cruzando el río, en un país como Uruguay con el que compartimos cultura, costumbres e historia). Sabemos que es un tema complejo cuya solución integral compete más al legislador que al Poder Judicial, por eso es de prever que una reforma legislativa podría ser el canal válido para que la eficacia no se torne en injusticia.

Una serie de documentos de organismos internacionales alertan sobre la necesidad de proporción que debe existir en las penalidades de las legislaciones antidroga. En este sentido, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), en el informe del año 2007 analiza una serie de criterios concretos e iniciativas para equilibrar lo que suele ser el carácter tremendamente desproporcionado de las actuales leyes de drogas y su aplicación en todo el mundo, señalando que los Estados deben cumplir con las normas de proporcionalidad al disponer la aplicación de penas por delitos de drogas, en tanto que en el 2010, la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito (ONUDD) publicó una declaración en similar sentido. Un estudio comparado al respecto resalta que varios países de la UE han previsto el papel de usuario-comerciante en sus regímenes de imposición de penas, ya sea en estatutos regulados (Bélgica, Grecia, Hungría, Austria) o en la práctica judicial (Chipre, Polonia, Eslovenia, República Eslovaca), a los cuales a veces se les impone penas reducidas o alternativas al encarcelamiento, pero se alerta que “en algunas jurisdicciones, hay una falta de conciencia, disposición o capacidad entre abogados y jueces para aplicar penas proporcionadas”. También se aborda en el estudio el problema de las “mulas”, señalando que “desde los años noventa, instituciones como el Grupo Pompidou del Consejo de Europa, el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT) y el Consejo sobre imposición de penas

señalando que no se trata de una ley penal en blanco ya que el legislador se limitó a establecer un mecanismo administrativo de actualización, y que no se presentaba desproporcionada, irrazonable o confiscatoria porque el art. 21 del CP propone alternativas al pago (Sala III, 19/6/2019, “Mayor”). Soluciones prácticas y útiles al problema de los que no pueden pagar pueden verse en COMELLAS, Enrique M.: “El problema de las nuevas multas previstas en la ley 23.737, según texto legal de la ley 27.302”, *Revista Jurídica de la AMFJN*, n° 2, Buenos Aires, mayo 2018).

del Reino Unido han puesto en marcha iniciativas con el objetivo de desarrollar normas para imponerles penas proporcionadas”.⁹² Precisamente la cuestión de los transportadores “camellos” que en condiciones de necesidad aceptan correr los riesgos, aún de muerte, a cambio de una mísera paga, ha llegado a ser tratada por alguna jurisprudencia como configurativa de trata de personas, por lo cual se los enfoca como víctimas de este delito y en consecuencia les puede caber la eximición de pena prevista en el artículo 5 de la ley 26.364.

Los casos que presentan características especiales que los tornan muy particulares, sea por el tipo del hecho o principalmente por la condición de evidente vulnerabilidad del imputado, son los que más justifican un análisis de la proporcionalidad de la pena en concreto, sobre todo cuando es alta la escala penal en abstracto diseñada por el legislador. En definitiva, se trata de la relación entre lo legal y lo justo que desde tiempos inmemoriales ha sido debatida por grandes pensadores. Precisamente me quedó grabado el alegato de un gran defensor oficial, Rodrigo Altamira, que en abono de su planteo sobre la desproporción de la pena mínima

⁹² LAIL, Gloria: “Drogas, crimen y castigo. Proporcionalidad de las penas por delitos de drogas”, *TI-IDPC*, 2012. Cita un estudio de Ecuador, proponiendo que se defina a la mula como la “persona que transporta a través de fronteras internacionales drogas pagadas por otra persona con planteos de otras diferenciaciones (p. ej., si es experimentada, si las drogas se transportan dentro de su cuerpo, sujetas a este o a la ropa, o bien en el equipaje (en este último caso, hay menos probabilidades de que la persona sepa qué está transportando), o los ‘traficantes profesionales’, que “transportan drogas por las que han pagado”, que están “dispuestos a asumir el riesgo de ir a prisión” y que “prefieren transportar pequeñas cantidades que consideran que supondrán penas menores”. Y agrega que “las circunstancias que rodean a muchos de los delitos de ‘mulas de drogas’ –tales como ser extranjero, desconocer las consecuencias de transportar drogas o sufrir una situación de explotación por parte de un familiar, un amigo o un conocido– se deberían introducir como factores atenuantes en el momento de imponer una pena”, citando en tal sentido el criterio de los tribunales federales de Brasil de atenuar penas bajo el argumento de que no participan en la organización, de forma tal que los correos de drogas extranjeros suelen enfrentarse a una pena de 1 año y 8 meses, mientras que a los brasileños, que muchas veces comercian con cantidades menores, se les impone por lo general una pena mínima de 5 años de prisión. “Otro factor atenuante recomendable es tener en cuenta si el autor del delito forma parte de un grupo vulnerable, especialmente en el caso de las mujeres, que suelen tener un importante papel como cuidadoras de la familia y deben evitar la prisión para poder seguir ocupándose de sus hijos”, concluyéndose que para una aplicación proporcionada “se puede empezar por reconocer su limitado papel y culpabilidad en el mercado de las drogas”.

de cuatro años que preveía la ley para un joven que por encargo había transportado varios kilos de marihuana. En esa ocasión citó a Aristóteles cuando, escudriñando en la relación entre la equidad y la justicia, decía: “Lo justo y lo equitativo, entonces, son la misma cosa, y, sin embargo, pese a que ambos son buenos, lo equitativo es mejor. El problema, en definitiva, se origina por lo siguiente: lo equitativo es justo, pero no justo según la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La razón de ello estriba en que toda ley es universal y sin embargo hay algunas cosas respecto de las cuales no se puede formular un juicio universal que sea resulte correcto. De manera que en aquellos ámbitos en los cuales no es posible alcanzar definiciones precisas, pero es necesario razonar en términos universales, la ley tiene que remitirse a lo que se da con más frecuencia, aun a sabiendas de que puede incurrir en error. Y no por ello es menos correcta, ya que el error no es imputable a la ley ni al legislador, sino a la naturaleza de las cosas prácticas. Así pues, cuando la ley se pronuncia en términos universales y surge un caso particular que no queda cubierto por la regla universal, debe corregirse la insuficiencia en que ha incurrido el legislador. Por eso lo equitativo es justo y, al mismo tiempo, mejor que un cierto género de justicia legal. Pero no mejor que la justicia en sentido absoluto sino mejor que el error que resulta del carácter absoluto de la formulación de la ley. Y esta es la naturaleza de la equidad: una corrección de la ley cuando esta es deficiente debido a su universalidad” (“Ética a Nicómaco, V, 10). En la misma línea también decía que la equidad es un tipo de justicia que va más allá de la ley escrita (Retórica, I, 13, 3).

“No debes ir jamás a recitales. Tampoco a la entrada de las escuelas. Porque están acechando los chacales. Y lo peor de todo es que... El primero te lo regalan, el segundo te lo venden. Yo tuve una experiencia digna de asco. Fue justo a la entrada de un recital, un hombre me ofreció un caramelito, me lo comí y aparecí en Bagdad... Estuve deambulando como idiota. Me sentía muy bien, quería más. A la salida le pedí y me dijo: Si querés otro, tenés que pagar. Por suerte conseguí dejar el vicio. El Cenareso me orientó muy bien. Ahora sigo yendo a recitales. Pero en vez de comprar, voy a vender”.

LOS TWIST.

“El dique de contención que constituye el derecho debe dejar pasar algo de agua, pues si no, simplemente se rompe”.

JAVIER DE LUCA.

“Los paraísos del alcaloide, por olvidarla yo paladeé. Y así en las calles como soñando, como un andrajo me desperté”.

ROBERTO CAYOL, *Noches del Colón*.